



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

FELLIPE RAPHAEL FIGUEIREDO ARAÚJO

PRISÃO PREVENTIVA: ATENDENDO A GARANTIA DA ORDEM
PÚBLICA OU TEMENDO OS EFEITOS DA OPINIÃO PÚBLICA?

SOUSA - PB
2008

FELLIPE RAPHAEL FIGUEIREDO ARAÚJO

PRISÃO PREVENTIVA: ATENDENDO A GARANTIA DA ORDEM
PÚBLICA OU TEMENDO OS EFEITOS DA OPINIÃO PÚBLICA?

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Dr^a. Jônica Marques Coura Aragão.

SOUSA - PB
2008

Fellipe Raphael Figueiredo Araújo

**PRISÃO PREVENTIVA: ATENDENDO A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA OU
TEMENDO OS EFEITOS DA OPINIÃO PÚBLICA?**

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovado em: 26 de novembro de 2008

COMISSÃO EXAMINADORA

Msc. Jônica Marques Coura Aragão – UFCG
Professora Orientadora

Esp. Iranilton Trajano da Silva – UFCG
Professor

Msc. Danielle da Rocha Torres – UFCG
Professora

Dedico este trabalho aos meus pais, *Ronaldo e Filomena*, pelo amor imensurável e por terem me proporcionado à possibilidade de uma educação diferenciada, além de serem responsáveis diretos por essa conquista na minha vida.

AGRADECIMENTOS

A *Deus*, pois somente Nele e com Ele todas as coisas são possíveis

Aos meus irmãos, *Ronney e Mattheus*, pelo companheirismo e eterna amizade que nos une.

A *Gwimel*, por ter entrado na minha vida e da qual me faltam palavras para mensurar sua importância.

Aos amigos de sala, *Gustavo, Eloi, Eliomar, Sambu, Arlan*, pelas conversas e momentos alegres com os quais passei.

A *Carizia*, mesmo estando tão atarefada, se dispôs a traduzir o resumo desta monografia.

A minha orientadora, Prof.^a *Jônica*, sempre prestativa e esclarecedora, pela paciência e comprometimento com que conduziu este trabalho.

"O fraco treme diante da opinião pública, o louco afronta-a, o sábio julga-a, o homem hábil dirige-a."

Jeane - Marie Roland de la Platière

RESUMO

A opção pelo Estado Democrático de Direito conduz, o judiciário à observância dos princípios constitucionais na aplicação dos instrumentos processuais penais, como limite na atuação do poder estatal. Dentre estes instrumentos encontra-se a prisão preventiva, medida cautelar que pode ser decretada em qualquer fase do inquérito policial ou ação penal, quando houver prova da *existência do crime e indícios suficientes da autoria*, seja para garantir eventual execução da pena, seja para preservar a ordem pública e econômica, seja por conveniência da instrução criminal. Neste contexto, surge a necessidade de analisar o conteúdo da interpretação legal, doutrinária e jurisprudencial do termo ordem pública como fundamento para decretação da prisão preventiva. Como objetivos específicos, apontam-se: compreender o que seja a prisão provisória e o seu caráter de cautelaridade; diferenciar o significado do termo ordem pública de clamor social; avaliar a influência da mídia nas decisões do judiciário quando da decretação de prisão preventiva, identificar as possíveis alterações legais quanto à decretação da prisão preventiva no texto do Projeto de lei 4208/2001. A pesquisa bibliográfica e documental-virtual, realiza-se empregando os métodos histórico-evolutivo, quando da análise do instituto da prisão e exegético-jurídico, para compreensão do instituto da prisão preventiva com suas especificidades. Desta análise, conclui-se que vista a indefinição legal, o Judiciário sob o argumento de assegurar a ordem pública, vem associando a expressão ao clamor social, o resguardo da credibilidade da Justiça, a gravidade do delito, a periculosidade presumida do agente e a repercussão do crime pela mídia, sendo que tais situações não justificam a decretação da prisão preventiva, esta postura interpretativa ofende direitos fundamentais e princípios estabelecidos na Constituição Federal, como o princípio do estado de inocência. Aponta-se para a necessidade de uma interpretação restritiva quando da decretação da supracitada medida, devendo a mesma ter caráter cautelar e estar fundamentada em fatos concretos, com a estrita observância dos direitos fundamentais preceituados na Constituição Federal Brasileira.

Palavras-chave: Prisão preventiva; Interpretação; Ordem pública; Clamor social.

ABSTRACT

The decision by the democratic rule of law leads the judiciary to the observance of constitutional principles in applying the tools of criminal procedure, such as limits on the role of state power. Among these tools is pre-trial detention, a precautionary measure that can be ordered at any stage of police investigation or criminal action, when there is proof of crime and sufficient indication of authorship, is to ensure eventual execution of the sentence, is to preserve public policy and economics, for convenience is the criminal investigation. In this context, it is necessary to analyze the content of legal interpretation, doctrinal and jurisprudential the word public policy as grounds for decreed pre-trial detention. As specific objective, pointing to: understand what is a prison and its provisional character of caution; differentiate the meaning of the term public outcry for social evaluate the influence of media on the decisions of the judiciary when decreed preventive detention, identify the possible legal changes regarding the decreed detention in the text of the Draft Act 4208/2001. The literature search and virtual-documentary, takes place using the methods-evolutionary history, when the office of imprisonment and legal-exegetic for understanding the office of custody with their unique features. From this analysis it appears that the aim of legal uncertainty, the Judiciary from the argument to ensure public order, associating the term comes to social outcry, the fender of the credibility of Justice, the seriousness of the offense, the presumed danger of the agent and passed the crime by the media, and that such situations do not justify the decreed custody of, this interpretative stance offends fundamental rights and principles in the Federal Constitution and the principle of the state of innocence. It points out the need for a restrictive interpretation of when the above decreed far, with the same character precautionary tuesday and be based on concrete facts, with strict observance of fundamental rights specified in the Brazilian Federal Constitution.

Keywords: Pre-trial detention; Interpretation; Public order, Social outcry.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Art. – artigo

Arts. – artigos

CF – Constituição Federal

CP – Código Penal

CPC – Código de Processo Civil

CPP – Código de Processo Penal

DJ. – Diário da Justiça

DJe. – Diário da Justiça Eletrônico

Ex. – exemplo

HC – Habeas Corpus

Inc. – inciso

Min. – Ministro

Rel. – Relator

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

RESUMO

ABSTRACT

LISTA DE ABREVIATURAS

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1 DA PRISÃO E SUA CAUTELARIDADE	14
1.1 Evolução histórica da prisão	14
1.2 Conceito de prisão	17
1.3 A Prisão cautelar e sua base constitucional.....	19
CAPÍTULO 2 DA PRISÃO PREVENTIVA.....	27
2.1 Aspectos gerais: Conceito, natureza jurídica e pressupostos.....	27
2.2 Circunstâncias que autorizam a preventiva	30
2.3 Condições de admissibilidade e inadmissibilidade da prisão preventiva	34
2.4 Influência da mídia e opinião pública na decretação da preventiva	38
CAPÍTULO 3 O REQUISITO DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA.....	42
3.1 Perspectiva doutrinária quanto à ordem pública	42
3.2 Ordem pública e clamor social: explorando as diferenças	45
3.3 Posição da jurisprudência acerca do requisito	48
3.4 Projeto de lei 4.208/01: Uma visão realista a respeito do tema	52
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	58
REFERÊNCIAS	61
ANEXO A - Projeto de Lei n.º 4.208/01.....	66
ANEXO B - Parecer do Relator.....	71
ANEXO C - Redação Final da Câmara dos Deputados.....	73

INTRODUÇÃO

A prisão preventiva é uma medida cautelar e, como tal, excepcional, que deve se fundar na extrema necessidade. Um dos fundamentos que autoriza a sua decretação, constante do rol do art. 312 do Código de Processo Penal, é a garantia da ordem pública. Este fundamento suscita muita polêmica, já que não há uma delimitação legal exata do que venha a ser ordem pública, tampouco da sua extensão.

O entendimento nos tribunais, bem como na doutrina, não é pacífico no que tange a conceituação daquela, é comum confundir ordem pública com o clamor social, ainda, de se decretar a prisão preventiva para garantia da ordem pública sob o argumento de acautelar as mais diversas situações, sem que haja qualquer critério objetivo.

Frequentemente surgem nos meios de comunicação situações em que a aplicação da prisão preventiva é questionada, geralmente em crimes que causam repercussão social, sendo que nesta ótica, quase sempre, o argumento levantado para tal é assegurar a ordem pública. Apresentadores de programas, jornais, revistas, dentre outros meios de comunicação, realçam a irresponsabilidade e a incoerência da autoridade que, cumprindo seu dever, não decretou a prisão de um indivíduo sob o qual recaem suspeitas de ser autor de uma determinada conduta delituosa desconsiderando totalmente o estado de inocência, que assegura ao indivíduo o devido processo legal.

Assim, o tema suscita um aprofundamento, posto que não há uma regulamentação específica a amplitude desta expressão o que gera, até certo ponto,

insegurança jurídica. Outrossim, a prisão preventiva, da forma que está sendo imposta, atualmente, caracteriza, veementemente, antecipação de pena, pois muitas vezes o julgador age de ímpeto, deixando influenciar-se pela comoção provocada pela mídia, deixando de lado os preceitos constitucionais que asseguram a proteção e resguardo da liberdade de locomoção do indivíduo, não respeitando o princípio do estado de inocência.

Cumprido frisar que, em geral, os Juízes Monocráticos e Tribunais, por não haver qualquer parâmetro legal preciso e bem delimitado, posicionam-se discricionariamente no que tange a prisão preventiva como garantia da ordem pública, muitas vezes, motivados pelo burburinho provocado, irresponsavelmente, pela mídia, ficando a cargo da maior ou menor sensibilidade do magistrado a decretação de tal medida, fato este que, muitas vezes, prejudica o direito que o réu tem, uma vez atendidos os requisitos, de acompanhar o processo em liberdade. Em sendo assim, caberá a seguinte indagação: a interpretação que é dada ao termo "ordem pública" na decretação da prisão preventiva, nos crimes de grande repercussão, demonstra-se efetivamente adequada? Como hipótese, indica-se que não há um rigor interpretativo quanto ao conteúdo do termo, o que pode provocar situações eivadas de injustiça.

Neste contexto, o presente trabalho de conclusão de curso, apresenta como objetivo geral analisar o conteúdo da interpretação legal, doutrinária e jurisprudencial do termo ordem pública como fundamento para decretação da prisão preventiva. Por seu turno, são objetivos específicos: compreender o que seja a prisão provisória e o seu caráter de cautelaridade; diferenciar o significado do termo ordem pública de clamor social; avaliar a influência da mídia nas decisões do judiciário quando da decretação de prisão preventiva; identificar as possíveis alterações legais quanto a

decretação da prisão preventiva no texto do Projeto de lei 4208/2001.

Para tanto, pretende-se desenvolver pesquisa de natureza bibliográfica e documental-virtual, empregando-se os métodos: histórico-evolutivo, quando da análise do instituto da prisão e exegético-jurídico para compreensão do instituto da prisão preventiva com suas especificidades.

Deste modo, o primeiro capítulo do trabalho tratará da evolução histórica de prisão, tecendo breves considerações acerca da sua aplicação como modalidade punitiva, procedendo a sua conceituação, e legitimação como direito de punir do Estado. Em seguida, proceder-se-á, de forma geral, uma análise sobre prisão cautelar e sua base constitucional, e os princípios que a norteiam.

No capítulo seguinte, serão abordados os principais aspectos da prisão preventiva, no que concerne à conceituação, natureza jurídica e os pressupostos necessários para sua decretação. Também serão observadas as circunstâncias previstas no Código de Processo Penal que justificam a medida cautelar, e as hipóteses em que a mesma é admitida, além de avaliar a influência exercida pela mídia e opinião pública, sobre o juiz, na decretação da preventiva, demonstrando até que ponto a pressão exercida interfere no convencimento do magistrado.

Por último, no terceiro capítulo, serão analisados aspectos doutrinários quanto ao conceito de ordem pública, as diferenças entre o clamor social e ordem pública, bem como as diversas interpretações dadas pelos Tribunais Superiores a este termo. E, finalmente, realizar-se-á uma breve análise sobre o Projeto de lei 4.208/2001, que tramita no Congresso Nacional, e, que vislumbra promover alterações nos institutos processuais das prisões cautelares.

Sendo a liberdade um direito individual sacramentado constitucionalmente, cabe, sempre que possível, investigar cientificamente os institutos jurídicos que

contra ele se apresentam, somente se justificando a utilização de tais medidas, quando a mitigação desse direito se fizer, claramente, menos relevante que a sua salvaguarda em um Estado Democrático de Direito.

CAPÍTULO 1 DA PRISÃO E SUA CAUTELARIDADE

1.1 Evolução histórica da prisão

A princípio, nas sociedades primitivas, não havia a idéia de prisão como pena criminal, previam como única modalidade de punição as penas corporais, que tinham o escopo de vingança pelo dano ou mal causado pelo delinquente a sociedade. Seguiam a máxima de Hamurabi: "Olho por olho dente por dente". O intuito era proporcionar ao delinquente sofrimento igual ao que causou a sua vítima.

Eram utilizados modos peculiares de penalização, como meio útil de impedir que o culpado voltasse a praticar ilícitos, ao mesmo tempo que o identificasse aos concidadãos, afim de que pudessem se precaver dele, como usaram os romanos com o caluniador ao cortar sua língua, ou com o ladrão ao cortar o seu pé.

No entanto, os registros históricos mostram que foi na Idade Média o ápice da crueldade na repressão de condutas delituosas, penas capitais e tortura (amputações de membros, órgãos genitais, marcação com ferro quente, cegamento) eram as modalidades mais empregadas como forma de penalidade, fundavam-se na idéia de punir a um e atemorizar os demais.

O ferrete muito utilizado nos países Europeus, por exemplo, impunha no corpo do infrator a impressão indelével da letra inicial do crime por ele praticado, onde quem tivesse o corpo marcado era chamado de *homines stigmatici*, e o isento de condenações designava-se *homines integrae frontis*.

Na Rússia no ano de 1450, foi introduzido o *knout*, que consistia em uma modalidade particular de fustigação, tendo em vista a forma especial do chicote de

couro, que tornava ainda mais terríveis as punições.

Por sua vez, as penas capitais eram aquelas que privavam a vida do delinqüente. Na França, por exemplo, existiam cinco modos diversos de matar o condenado: o fogo, para os delitos de lesa-majestade divina; o esquartejamento, por meio de quatro cavalos, para certos casos de lesa-majestade humana; o degolamento, para delitos comuns, se nobre fosse o condenado, se plebeu, a forca; a roda, para os assaltos com violência.

Prisão, como pena, surge no final do século XVI, e era aplicada por meio de penitências impostas pelo direito eclesiástico, onde o faltoso era recolhido à cela para uma reclusão solitária. A pena tinha duplo sentido, proporcionar o arrependimento para a reconciliação com Deus ao mesmo tempo em que punia. Entretanto só passou, realmente, a ser utilizada como forma de punição pelo Estado no início do século XIX, em virtude da decadência da pena de morte, muito utilizada naquela época, que não conseguiu diminuir a criminalidade, e tão pouco propiciou a segurança almejada pelos mais abastados.

Outro fator determinante para inserção da prisão no rol das sanções, foram os problemas socioeconômicos experimentados naquela época. A pobreza dominava, e conseqüentemente a miséria crescia. As pessoas sem perspectivas passaram a cometer mais delitos patrimoniais, para sanar suas necessidades.

Com tantos problemas experimentados, era necessária a criação de uma forma de punição que impusesse respeito. Surge, assim, à pena privativa de liberdade, que demonstrava ser o meio mais eficaz de controle social, já que a pena de morte, como mencionado, não mais respondia aos anseios da justiça, e seu caráter de exemplaridade fracassou, pois o processo de fustigação do corpo já não impelia temor.

A Revolução Francesa e o período do Iluminismo foram os grandes responsáveis pela mudança de mentalidade da época, em relação à pena criminal. Nomes como Cesare Beccaria, Brissot, Carmignani, Livingston, através de suas obras expressaram repúdio às penas desumanas que eram aplicadas, sob a falsa bandeira da legalidade, acreditavam eles que o espetáculo da pena de morte enfraquecia o horror nas pessoas, facilitando o caminho para os delitos de sangue.

Com a difusão dessas idéias, notou-se que era preciso punir os malfetores de outro modo, pois já não mais se tolerava que o homem fizesse de seu semelhante instrumento para seus fins, não se admitia que houvesse confrontação física entre soberano e condenado por intermédio de um carrasco.

Ademais, a chegada do fim dos suplícios marcado por um mecanismo histórico-ritual para dar início a um mecanismo científico-disciplinar, pelo qual, a partir do início do século XIX, a prisão torna-se a punição mais comum.

Como bem observou Michel Foucault (2004, p.195):

Podê-se compreender o caráter de obviedade que a prisão-castigo muito cedo assumiu. Desde os primeiros anos do século XIX, ter-se-á ainda consciência de sua novidade; e entretanto ela surgiu tão ligada, e em profundidade, com o próprio funcionamento da sociedade, que relegou ao esquecimento todas as outras punições que os reformadores do século XVIII haviam imaginado.

Surgem então, os chamados sistemas penitenciários, baseados na segregação e no silêncio, com o objetivo de regenerar o indivíduo e reconduzi-lo ao meio social.

O marco inicial dessa sistematização foi o Código Criminal Francês de 1808, marcado por uma época mais racional e humanista da pena enquanto punição judiciária.

Se na Europa o fim dos suplícios do corpo tem por marco a Revolução

Francesa, quando houve a transição para o novo regime de mais liberdade e garantias, no Brasil, esta influência foi evidente na Constituição Imperial de 1824. Inicialmente, a prisão como cárcere era aplicada apenas aos acusados que estavam à espera de julgamento, essa situação perdurou até a introdução do Código Criminal do Império, em 1830, que já trazia consigo idéias de justiça e equidade, difundidas pelas correntes de pensamento das novas escolas penais. Como assevera Bochi (2002, p. 99):

O então novíssimo Código Criminal Penal de 1830 revogou as penas de galés, mas preservou a pena de morte. As penas perpétuas foram reduzidas ao limite de trinta anos. As penas provisórias eram computadas no tempo das prisões definitivas, o que corresponde hoje ao instituto da detração.

Com a Abolição da Escravatura e a Proclamação da República, as leis penais sofreram sensíveis mudanças, o Código Penal da República de 1890, já previa diversas modalidades de prisão, como a prisão celular, a reclusão, a prisão com trabalho forçado e a prisão disciplinar, sendo que cada modalidade era cumprida em estabelecimento penal específico.

Em 1940, foi publicado através de Decreto-lei o atual Código Penal, que tinha por princípio a moderação por parte do poder punitivo do Estado. Após o fracasso na tentativa de revisar a Parte Geral do referido estatuto, em 1980, foi instituída uma comissão para a elaboração de um anteprojeto de lei. Dos debates realizados por esta comissão advêm alterações legislativas, nasce a Lei n° 7.209, de 11 de julho de 1984 que modificou as modalidades punitivas.

1.2 Conceito de prisão

Segundo De Plácido e Silva (1996, p.448):

Do latim *prehensio*, de *prehendere* (prender, segurar, agarrar), 'prisão' é o vocábulo tomado para exprimir o ato pelo qual se priva a pessoa de sua liberdade de locomoção, isto é, da liberdade de ir e vir, recolhendo-a a um lugar seguro e fechado, de onde não poderá sair.

A prisão, em sentido jurídico, é o ato pelo qual alguém é privado de sua liberdade pessoal por motivo legítimo ou em virtude de ordem legal. Logo, a prisão suprime mediante clausura o ser humano do direito de ir, vir e ficar. Por implicar o sacrifício temporário de um dos direitos básicos do cidadão, a liberdade, vem expressamente previsto no texto constitucional.

Corroborando, com esta conceituação, inúmeros são os doutrinadores. Para Mirabete (2000, p. 359) prisão "é a privação da liberdade de locomoção, ou seja, do direito de ir e vir, por motivo ilícito ou por ordem legal". Já Smanio (2007, p.44) preleciona que "prisão é a privação da liberdade de locomoção, ou seja, do direito de ir e vir, por ordem escrita da autoridade competente ou em caso de flagrante delito".

Por sua vez Tourinho Filho (2007, p.590) a define como sendo "o sofrimento imposto pelo Estado ao infrator, em execução de uma sentença penal, como retribuição ao mal praticado; e tendo em vista a prisão-albergue, podemos definir a prisão como privação, mais ou menos intensa, da liberdade ambulatória".

Seguindo a mesma linha, Nucci (2008, p.554) conceitua que:

Prisão é a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere. Não se distingue, nesse conceito, a prisão provisória, enquanto se aguarda o deslinde da instrução criminal, daquela que resulta de cumprimento de pena.

Indistintamente, essa expressão é utilizada para denominar o local em que alguém fica segregado, o recolhimento do preso à prisão, a captura, a custódia e a detenção. Em virtude da confusão de nomenclatura, alguns juristas conhecidos protestam.

No entanto, o melhor entendimento, é de que capturar é o ato de prender ou deter alguém, por sua vez, custodiar é conservar a pessoa em prisão. Destarte, a captura antecede a custódia e essa tem natureza provisória.

Logo, prisão pode ser qualquer restrição à liberdade individual, dentro de casa, ou de penitenciária, delegacia de polícia, dependências policiais, ou de quartel, ou de qualquer casa fechada destinada a esse fim, ou, ainda, pela limitação da liberdade mediante algemas, ou ligação a pesos ou qualquer outro meio inibidor da liberdade.

1.3 A prisão cautelar e sua base constitucional

Prisão cautelar como o próprio nome já diz, é uma medida que priva temporariamente o indivíduo, suposto autor de um delito, de sua liberdade de locomoção, mesmo que ainda não haja sentença transitada em julgado. É uma medida emergencial que objetiva, tão somente, garantir o deslinde do processo.

Tal baliza deverá ser adotada pelo Judiciário, no curso do processo para assegurar o mesmo, e devido a sua natureza cautelar só pode ser decretada quando presentes os seguintes pressupostos: *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

O *fumus boni iuris*, ou fumaça do bom direito, que se concretiza no processo penal condenatório pela verificação da presença de elementos indicadores de existência do crime e da autoria; e o *periculum in mora*, ou *periculum libertatis*, ou seja, o perigo, o risco de que, com a demora no julgamento, possa o acusado, solto, impedir a correta solução da causa ou a aplicação da sanção punitiva (FERNANDES, 2002, p. 301).

O juiz como guardião dos direitos fundamentais deve interpretar a lei conforme a Constituição, sendo que embora o CPP autorize, as prisões provisórias só podem ser decretadas nos casos em que haja afronta à Lei Maior, avaliando

minuciosamente, e presentes os requisitos do enclausuramento cautelar. Ferrajoli citado por Greco (2006, p. 12) expressa bem esse entendimento:

[...] a sujeição do juiz a lei não é, como o velho paradigma positivista, sujeição a letra da lei, qualquer que fosse o seu significado, senão sujeição a lei enquanto válida, quer dizer, coerente com a Constituição. [...] Disso se segue que a interpretação judicial da lei é também um juízo sobre a lei mesma, que corresponde ao juiz junto com a responsabilidade de eleger os únicos significados válidos, ou seja compatíveis com as normas constitucionais substanciais e com os direitos fundamentais estabelecidos pela mesma.

Ressalte-se que, em sendo a liberdade um dos direitos fundamentais do homem, e diga-se de passagem, um dos mais importantes, natural deva a Constituição Federal de 1988 preservá-la, estabelecendo em seu artigo 5º, LXI que *“ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”*, sendo assim a prisão medida excepcional no nosso ordenamento jurídico.

Da mesma forma a Carta Magna firma, que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória (princípio da presunção de inocência – art. 5º, LVII), como também toda prisão ilegal deverá ser imediatamente relaxada pela autoridade judiciária (art. 5º, LXV).

Assim, mesmo que seja possível privação da liberdade individual, o texto constitucional está repleto de princípios que protegem os cidadãos e os resguardam de qualquer arbitrariedade imposta pelo Poder Público. Júnior (2008, p.821) sintetiza bem isso:

[...] a Constituição de 1988 assegura a todos o direito de liberdade, ainda que a pessoa tenha cometido algum delito. De qualquer maneira, excepcionalmente, permite-se, como medida processual, a supressão do direito de liberdade antes mesmo da condenação definitiva sem que tal

caracterize afronta ao princípio da presunção de não-culpabilidade ou de inocência. [...] Ao invés de atritar-se com o princípio da presunção de não culpabilidade, o instituto da prisão processual com ele se afina, na medida em que, como consequência natural daquela cláusula constitucional, este se mostra com caráter eminentemente acautelatório, medida excepcional que só há de ser adotada quando for demonstrada sua extrema necessidade.

Em razão do exposto e da constitucionalização do processo penal, pode-se notar que a prisão cautelar deve observar determinados princípios norteadores, para que sua aplicação não seja eivada de vícios:

- a) Provisionalidade: a prisão cautelar só deve ser mantida enquanto perdurar a situação fática que fundamentou sua decretação, devendo ser revogada sempre que desaparecer o suporte fático que a legitimou;
- b) Jurisdicionalidade: só pode ser decretada por ordem judicial fundamentada, com exceção da prisão em flagrante, tal característica visa assegurar que ninguém seja privado da liberdade sem o devido processo legal;
- c) Excepcionalidade: como já mencionado, a liberdade é a regra, a prisão cautelar só deverá ser decretada em casos excepcionais, buscando assim evitar arbitrariedades e punições instantâneas;
- d) Provisoriedade: está ligado ao breve tempo de duração da prisão cautelar, para que tais medidas não se transformem em pena sem juízo;
- e) Proporcionalidade: a decretação da prisão cautelar deve ser precedida de um juízo de razoabilidade, ou seja necessidade, já que tal medida coloca em confronto a liberdade individual com a eficácia estatal na repreensão dos delitos.

Dessa forma a prisão provisória, observando estes princípios, funciona para o Estado como um meio de apurar o ilícito penal através de um processo, que muitas vezes para que possa se efetivar, se faz necessário a custódia do acusado para que

o mesmo não venha perturbar a instrução processual, como menciona Júnior (2008, p.823):

[...] se constitui a prisão processual um mal, desenganadamente, é um mal necessário. Alias, no particular, FLAMOND, mencionado por TOURINHO FILHO, com maestria assevera: ' é uma dessas dolorosas necessidades sociais, perante as quais somos forçados a nos inclinar.'

Nesta ótica, o que se observa é que tal medida se reveste de um caráter excepcional, ou seja, jamais poderá ser decretada de uma forma abstrata, sem uma fundamentação concreta.

No ordenamento jurídico brasileiro são admitidos cinco tipos de prisões provisórias: em flagrante, temporária, por pronúncia, por sentença condenatória recorrível e preventiva.

A prisão em flagrante tem previsão legal no CPP, artigos 301 a 310, e ocorre quando o indivíduo é surpreendido no momento da consumação da infração penal ou é capturado imediatamente quando acaba de cometê-la, e segundo as palavras de Capez (2001, p.224) "é o crime que ainda queima, isto é, que está sendo cometido ou acabou de sê-lo". Tem caráter excepcional, ao passo que as modalidades de prisões provisórias são decretadas pelo poder judiciário, enquanto essa é efetuada pela autoridade policial quando da lavratura do auto de prisão em flagrante, tem natureza administrativa, que se converte para processual ao ser ratificada pelo juiz competente.

Mirabete (2001, p. 370) acrescenta:

[...] dispensa ordem escrita e é prevista expressamente pela Constituição Federal (art. 5º, LXI). Cabe não só com relação à prática de crime, em sentido estrito, como de contravenção, aplicando-se também a estas os preceitos do Código de Processo Penal que se referem à prisão em flagrante delito quando da prática de 'infração penal' (art. 302, I).

Prisão temporária que é uma prisão que ocorre na fase inquisitorial, quando existe a necessidade de se custodiar o suspeito para apurar o delito, está prevista na Lei n.º 7.960/89.

Tal medida só pode ser decretada por autoridade judiciária, mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público. Sendo possível quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes - homicídio doloso, sequestro ou cárcere privado, roubo, extorsão, extorsão mediante sequestro, estupro, atentado violento ao pudor, epidemia com resultado morte, envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte, quadrilha ou bando, genocídio, tráfico de drogas, crimes contra o sistema financeiro - desde que imprescindível para as investigações do inquérito policial ou quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade, como dispõe o art. 1º da Lei n.º 7.960/89.

Segundo Mirabete (2001, p. 394):

O despacho em que se decretar a prisão temporária de ser fundamentado, como no caso de prisão preventiva, não são suficientes meras expressões formais ou repetição de dizeres da lei. Deve a autoridade judiciária, apreciando os fundamentos de fato e de direito do pedido, motivar convenientemente a decisão, referindo-se aos pressupostos exigidos em lei conforme a hipótese. Nada impede a reconsideração do despacho de decretação da prisão temporária caso se apresentem fatos que indicam não ser mais necessária.

Como regra terá prazo de cinco dias, podendo este lapso ser prorrogado por igual período, em caso de excepcional necessidade. Em se tratando de crimes hediondos e equiparados, o prazo será de trinta dias, prorrogáveis por igual tempo se comprovada a indispensabilidade. Esgotado o prazo, o acusado deve ser

colocado imediatamente em liberdade, a não ser que tenha sido decretada sua prisão preventiva.

A referida medida cautelar sofre duras críticas pela doutrina, uma vez que para muitos, a mesma seria inconstitucional, já que ingressou no ordenamento jurídico por meio de medida provisória, no entanto o STF a considerou constitucional. Outra crítica é que alguns doutrinadores a consideram desnecessária, como se pode observar nas palavras de Tourinho Filho (2001, p. 469):

Ademais, a medida é tão estúpida, que, se realmente não houver necessidade para sua decretação, nem haverá tempo para jugulá-la mercê de um hábeas corpus: primeiro porque em face da exigüidade do tempo e, em segundo lugar, porque em sede de hábeas corpus, normalmente, não se faz um exame analítico das provas [...].

Prisão por pronúncia ocorre quando o acusado é pronunciado e não é réu primário, não possui bons antecedentes, e sua custódia se faz necessária, está prevista no art. 413, §3º do CPP (incluído pela Lei n.º 11.689, de 2008). Neste caso, bem como em todos os outros, a prisão deve ser necessária sob pena de violar o princípio da presunção de inocência. Para a doutrina, são necessários os requisitos da prisão preventiva. Para a jurisprudência, se permaneceu solto durante o processo, continuará em liberdade. Se já estava preso durante o processo, permanecerá preso, ainda que primário e com bons antecedentes.

Tourinho Filho (1999, p. 515), no entanto diverge deste entendimento e adverte:

[...] não obstante a redação do § 1º do art. 408 do CPP, só se justifica se apresentar caráter cautelar. Pouco importa seja o réu reincidente ou de maus antecedentes. Por que deveria o réu aguardar preso o julgamento pelo Júri? Pelo fato de ser reincidente ou ter maus antecedentes? A vingar esse entendimento, conclui-se que o legislador ordinário está presumindo a sua fuga [...] e, como cediço, nenhuma presunção pode superar a da inocência, dogma de fé.

Por sua vez, a prisão por sentença penal condenatória recorrível, está prevista no art. 393, inc. I, do CPP, visa manter o réu preso ou conservado na prisão, seja no caso de infrações inafiançáveis, seja nas afiançáveis – enquanto não prestar fiança. Para que seja decretada devem estar presentes os requisitos que autorizam a prisão preventiva, pois do contrário configuraria execução antecipada da pena.

Vale lembrar, que se o acusado permaneceu solto antes da sentença condenatória recorrível, isto deverá ser mantido, salvo se surgir alguma hipótese que autorize a prisão preventiva, devendo o juiz especificar o fato concreto que demonstre a imperiosidade da decretação da custódia cautelar. Ada Pellegrini Grinover (2004, p. 361) corrobora deste entendimento ao dispor:

Em face das garantias asseguradas ao cidadão pela Constituição da República, sua decretação não pode ser automática, diante do reconhecimento da existência do crime e de sua autoria, mas deve resultar, ainda, da apreciação sobre a presença do *periculum libertatis*, que autoriza excepcionalmente a prisão antes de uma condenação definitiva.

Ressalte-se que a exigência prevista no art. 594 do CPP, do réu recolher-se a prisão para apelar, após o HC 88420/PR¹, cai por terra, ao passo que já não é mas possível condicionar o conhecimento da apelação ao recolhimento do acusado a

¹ INFORMATIVO N.º 463 STF - Asseverou-se que, na hipótese, ter-se-ia o conflito entre a garantia ao duplo grau de jurisdição, expressamente prevista no art. 8º, 2, h, do Pacto de São José da Costa Rica, incorporado ao ordenamento por força do art. 5º, § 2º, da CF; e a exigência de o condenado recolher-se ao cárcere para que a apelação fosse processada, conforme previsto no art. 594, do CPP. Considerou-se que o direito ao devido processo legal (CF, art. 5º, LIV) abrange a possibilidade de revisão, por tribunal superior, de sentença proferida por juízo monocrático e que o direito ao duplo grau de jurisdição não poderia ser suprimido com a execução ou não da custódia. O Min. Ricardo Lewandowski, relator, salientando que o direito ao duplo grau de jurisdição integra o sistema pátrio de direitos e garantias fundamentais e que o citado pacto fora incorporado ao ordenamento posteriormente ao CPP, concluiu que, mesmo que lhe seja negada envergadura constitucional, essa garantia deve prevalecer sobre o art. 594 do CPP. Por fim, asseverou-se que o reconhecimento ao duplo grau de jurisdição não infirma a legalidade da custódia cautelar decretada, podendo esta subsistir independentemente de ser admitido o processamento do recurso. HC deferido para que seja recebida a apelação do paciente, interposta perante o Juízo da 2ª Vara Federal Criminal, sem prejuízo do cumprimento da prisão preventiva contra ele decretada, caso persistam os motivos que a determinaram. Precedente citado: HC 88420/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 17.4.2007.

prisão. Em decorrência desse hábeas corpus o STJ editou a súmula 347, “O conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão”, que pôs fim a qualquer discussão sobre o tema. Hoje em decorrência da Lei n.º 11.719 de 2008, o supracitado artigo do CPP foi revogado.

E por fim a prisão preventiva, com previsão nos arts. 311 a 316 do CPP, sendo cabível, por decisão fundamentada da autoridade judiciária, em qualquer fase do inquérito policial ou da ação penal, desde que haja prova da *existência do crime e indícios suficientes da autoria*, seja para garantir eventual execução da pena, seja para preservar a ordem pública e econômica, seja por conveniência da instrução criminal.

Como se pode notar a prisão sem uma sentença penal condenatória com trânsito em julgado é exceção, ou seja, a regra é que o réu responda a todo processo em liberdade. Ademais, a pessoa acusada é presumida inocente até que transite em julgado a sentença penal que a condene, consagrando-se, assim, um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito como garantia processual penal, visando à tutela da liberdade pessoal.

Logo, toda medida dessa natureza deve ser instruída suficientemente, com um lastro mínimo de provas a demonstrar a autoria e a materialidade do delito, para que seja possível ao magistrado, em decretando a prisão cautelar, fundamentar sua decisão, sem que seu ato esteja motivado por razões outras que não correspondam, serenamente, a letra da lei.

Dentre as espécies de prisão provisória, ora mencionadas, a mais comumente empregada, por sua própria natureza e permissividade é a prisão preventiva; razão pela qual detalhar-se-á o seu estudo.

CAPÍTULO 2 DA PRISÃO PREVENTIVA

2.1 Aspectos gerais: Conceito, natureza jurídica e pressupostos

A prisão preventiva é uma espécie do gênero prisão cautelar por excelência, bem como a mais utilizada hoje no processo penal brasileiro. De acordo com Mirabete (2000, p. 384), a prisão preventiva “é uma medida cautelar constituída da privação de liberdade do indigitado autor do crime e decretada pelo juiz durante o inquérito ou instrução criminal em face da existência de pressupostos legais, para resguardar os interesses sociais e segurança”.

Tal medida é decretada pelo juiz, por iniciativa dele próprio (de ofício) ou por iniciativa de outros, ou seja, por requerimento do Ministério Público, requerimento do querelante ou representação da autoridade policial. Em se tratando de competência originária por prerrogativa de função e competência recursal, cabe ao Relator a decretação.

Trata-se de medida cautelar, tendo em vista ser uma prisão antecipada ou anterior à sentença condenatória que busca garantir a eficácia da prestação jurisdicional. Ressalte-se que em superveniência de sentença condenatória irrecorrível a prisão cautelar cede lugar à prisão definitiva.

Tourinho Filho (2007, p. 622) acrescenta que:

Prisão preventiva é a espécie do gênero 'prisão cautelar de natureza processual'. É aquela medida restritiva da liberdade determinada pelo Juiz, em qualquer fase do inquérito ou da instrução criminal, como medida cautelar, seja para garantir eventual execução da pena, seja para preservar a ordem pública, ou econômica, seja por conveniência da instrução criminal.

A prisão preventiva é, deste modo, modalidade de segregação cautelar, decretada judicialmente, desde que presentes os pressupostos que a autorizam. Nucci (2008, p. 582) confirma este entendimento ao dispor que prisão preventiva: “é uma medida cautelar de constrição à liberdade do indiciado ou réu, por razões de necessidade, respeitados os requisitos estabelecidos em lei”.

Possui natureza tipicamente processual e cautelar, e em sendo assim, todas as características das medidas acautelatórias, quais sejam, instrumentalidade, provisoriedade, revogabilidade e excepcionalidade.

Consoante o art. 312 do CPP o aspecto instrumental, justifica-se por conveniência da instrução criminal, onde se vislumbra impedir que o indiciado / acusado dificulte a produção de provas ou ofereça obstáculos ao prosseguimento da ação penal.

A provisoriedade, a seu tempo, assevera que esse tipo de prisão não é definitiva. O recolhimento se justifica somente durante a tramitação processual e até a decisão final. Sobrevindo condenação, e sendo esta definitiva, não há que se falar em prisão cautelar, mas sim reclusão ou detenção, como pena privativa de liberdade. Assim, qualquer que seja a finalidade da prisão preventiva, ela sempre é provisória e instrumental, o HC 80379/SP¹ julgado pelo STF, expressa bem esse entendimento.

Por sua vez, a revogabilidade, que é facultativa, encontra amparo no art. 316 do CPP: “O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se

¹ [...] A prisão cautelar - que tem função exclusivamente instrumental - não pode converter-se em forma antecipada de punição penal. A privação cautelar da liberdade - que constitui providência qualificada pela nota da excepcionalidade - somente se justifica em hipóteses estritas, não podendo efetivar-se, legitimamente, quando ausente qualquer dos fundamentos legais necessários à sua decretação pelo Poder Judiciário [...]. (HC n.º 80379/SP, 2ª Turma, STF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 18/12/2000)

sobrevierem razões que a justifiquem".

Vale salientar que a facultatividade de se revogar a prisão preventiva somente é possível se não estiverem presentes seus pressupostos, haja visto o art. 310, parágrafo único, do CPP, esclarecer que essa revogabilidade é impositiva, caracterizando, assim, a chamada liberdade provisória vinculada. Outrossim, o art. 5º, LXVI da CF dispõe que ninguém será recolhido à prisão ou nela mantido, sempre que a lei admitir a liberação provisória.

Por ser uma modalidade de prisão cautelar, a preventiva reveste-se do caráter de excepcionalidade, tendo em vista que somente poderá ser decretada quando estritamente necessária, já que é uma punição antecipada.

Em se tratando de medida excepcional, para que se aplique a prisão preventiva, é necessário que se preencham alguns pressupostos: *prova da existência do crime* (prova da materialidade delitiva) e *indícios suficientes de autoria*.

Com relação a primeira exigência, que se refere a materialidade do crime, ou seja, a existência do corpo de delito que prova ocorrência do fato criminoso, observa-se que o legislador dispôs não ser possível a decretação da prisão preventiva diante de mera suspeita ou indícios da ocorrência do ilícito penal.

Quanto a segunda exigência, verifica-se não ser necessário a produção de prova plena, como bem é observado por Capez (2001, p. 234):

Note-se, que nesta fase, não se exige prova plena, bastando meros indícios, isto é, que se demonstre a probabilidade do réu ou indiciado ter sido o autor do fato delituoso. A dúvida, portanto, milita em favor da sociedade, e não do réu (princípio do *in dubio pro societate*). Nesse sentido: 'Não se pode exigir para a prisão preventiva a mesma certeza que se exige para a condenação. O *in dubio pro reo* vale ao ter o juiz que absolver ou condenar o réu. Não, porém, ao decidir se decreta ou não a custódia provisória' (RT, 554/386).

Desta forma, a prisão preventiva, como ato de coação processual que

precede uma condenação definitiva e, portanto medida extremada de exceção, só se justifica em casos especiais, devidamente fundamentada pela juiz. Logo, embora a segregação preventiva seja um mal, sua aplicação dentro dos parâmetros da lei, torna-se necessária e imprescindível, na garantia da efetiva aplicação do direito processual penal.

2.2 Hipóteses que autorizam a preventiva

O artigo 312 do CPP estabelece taxativamente as hipóteses em que pode ser decretada a prisão preventiva, quais sejam, existência do crime e indícios suficientes da autoria, só poderá ser autorizada se associada a pelo menos uma dessas circunstâncias, "garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal". Vale lembrar, que tais circunstâncias são alternativas. Analisar-se-á, a seguir, cada uma destas hipóteses.

Das circunstâncias alternativas que autorizam a prisão preventiva, a *garantia da ordem pública* é a que causa mais polêmica, e que abrange o mais extenso campo de divergências entre doutrinadores e aplicadores do direito.

Questões acerca de estar ou não presente, em um caso concreto, uma lesão à ordem pública, ou até mesmo interpretação dessa expressão, gera dissenso. Inúmeros são os conceitos apresentados, alguns procuram estender a abrangência de ordem pública, enquanto outros restringi-la, conforme a posição que ocupem no processo, sejam acusadores, sejam defensores.

Da mesma forma a jurisprudência adentra nessa celeuma, ora firmando posição mais rigorosa, ora mais branda, a depender da formação e do entendimento

pessoal de cada julgador, ou seja, vislumbra-se uma definição do que efetivamente signifique a locução "ordem pública".

Pela indefinição legal muitos são os questionamentos, Nucci (2008)² elenca alguns:

Como se pode pensar em assegurar a ordem pública por meio da prisão, por exemplo, de apenas uma pessoa? Por acaso, a sociedade aquietaria seus ânimos e a vida transcorreria sob o prisma ideal simplesmente porque este ou aquele indivíduo foi detido? É evidente que não se pode elevar a ordem pública a uma categoria por demais envolvente. Em grandes metrópoles, afinal, a prisão de uma pessoa nem mesmo é conhecida da imensa maioria da população local.

Visto a complexidade e grandiosidade do tema, reservou-se o capítulo seguinte para trabalhar de forma mais aprofundada, abordando todos os seus aspectos, tratando inclusive do projeto de lei que tramita no Congresso Nacional, visando promover alterações no Código de Processo Penal, no que tange a prisão preventiva.

A seu tempo a *garantia da ordem econômica*, inserida no art. 312 do CPP, pela Lei nº. 8.884/96 (a chamada Lei Antitruste que trata de ilícitos administrativos e civis, contrários a ordem econômica), é uma circunstância que em muito se assemelha a supracitada, ao passo que não possui um conceito definido e suscita muitas contendas no meio jurídico. O art. 20 da referida Lei dispõe:

Art. 20 - Constituem infração penal da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

- I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III - aumentar arbitrariamente os lucros;
- IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

² Disponível em: <http://promotordejustica.blogspot.com/2008/02/priso-cautelar-e-garantia-da-ordem.html>

Há doutrinadores que afirmam ser descabida a expressão garantia da ordem econômica, ao passo que, na opinião deles, a mesma já se acha embutida no termo ordem pública. Argumentam, para tanto, que quem atenta contra a ordem econômica, necessariamente viola os interesses da ordem pública, sendo dispensável esse termo.

Ressalte-se que o STF posiciona-se no sentido do não cabimento da prisão preventiva quando se tratar de crimes econômicos, com base na garantia da ordem pública, reservando o fundamento da ordem pública para os casos que envolvem violência ou grave ameaça contra a pessoa.

Em que pese posicionamentos contrários, prevalece que ao observar o binômio - gravidade do delito e repercussão social - justifica-se a inclusão da garantia da ordem econômica no rol das circunstâncias que autorizam a prisão preventiva, haja vista que a complacência com o poder econômico tem por fim minorar as consequências que advêm dos crimes econômicos, em geral, muito danosas ao sistema financeiro do país.

Seguindo esta linha de raciocínio, Delmanto Júnior (1998, p. 153) assevera que:

Ao incluir a preservação da ordem econômica como motivo autorizador da decretação da prisão preventiva, parece que o legislador estava com as vistas voltadas aos crimes que envolvessem grandes golpes no mercado financeiro, abalando-o, os quais geralmente se perpetram sem o uso de violência física, mas com a inteligência e o engodo.

Com relação ao sujeito ativo desse ilícito, conhecido como criminoso de colarinho branco, já que na grande maioria dos casos são empresários e administradores, Nucci (2008, p. 587) enfatiza:

Equipara-se o criminoso de colarinho branco aos demais delinquentes comuns, o que é certo, na medida que o desfalque em uma instituição financeira pode gerar maior repercussão na vida das pessoas, do que um simples assalto contra um indivíduo qualquer. [...] Não é possível permitir a liberdade de quem retirou e desviou enorme quantia dos cofres públicos, para a satisfação de suas necessidades pessoais, em detrimento de muitos, pois o abalo à credibilidade da Justiça é evidente. Se a sociedade teme o assaltante ou o estuprador, igualmente tem apresentado temor em relação ao criminoso de colarinho branco.

Por sua vez a *conveniência da instrução criminal*, de caráter eminentemente instrumental, circunstância que justifica a decretação da preventiva, objetiva impedir que o acusado embarace ou obstrua a produção de prova, em razão da perturbação ao regular andamento do processo. De acordo com Capez (2001, p. 235) "evidente aqui o *periculum in mora*, pois não se chegará a verdade real se o réu permanecer solto até o final do processo".

Nucci (2008, p. 587) esclarece que trata-se de:

[...] motivo resultante da garantia de existência do devido processo legal, no seu aspecto procedimental. Configuram condutas inaceitáveis ameaça a testemunhas, a investida contra provas buscando desaparecer com as evidências, ameaças dirigidas ao órgão acusatório, à vítima ou ao juiz do feito, dentre outras.

Ressalte-se que a preventiva com base na conveniência da instrução criminal não deve se basear em meras suposições, devendo a mesma apontar fatos concretos, ligados a atuação do acusado, que demonstrem atitudes contrárias aos interesses da instrução, sendo cabível, apenas, quando estritamente necessária, para preservar o deslinde do processo. A simples facilidade de ter o acusado preso não a justifica como bem adverte Tourinho Filho (1999, p. 562), "não confundir conveniência com comodidade".

E, finalmente, a *garantia de aplicação da lei penal*, é a circunstância que contempla as hipóteses em que há risco de fuga do acusado, e por conseguinte da não aplicação da lei no caso de futura decisão condenatória. Situação que

claramente demonstra essa possibilidade, é o do acusado que se desfaz de seus bens para abandonar o distrito da culpa ou que já o haja abandonado com o intuito de eximir-se ao cumprimento de uma possível pena.

Capez (2001, p. 235) acrescenta, que “se o acusado ou indiciado não possui residência fixa, ocupação lícita, nada, enfim, que o radique no distrito da culpa, há um sério risco para a eficácia da futura decisão se ele permanecer solto até o final do processo, diante da sua provável evasão”.

Para Nucci (2008, p. 588) essa circunstância deveria denominar-se de asseguaração da lei penal, já que vislumbra “assegurar a finalidade útil do processo penal, que é proporcionar ao Estado o exercício do seu direito de punir, aplicando a sanção devida a quem é considerado autor de infração penal”. Destarte, tal medida prima pela observância dos preceitos processuais, tendo em vista que o indiciado já descumpriu a lei ao praticar uma conduta delituosa, e se dá indícios de que tenciona se esquivar da pena, cabe ao Estado tentar dissuadi-lo.

Ainda em relação às circunstâncias que autorizam a prisão preventiva não custa lembrar, que a apresentação espontânea do acusado não impede a preventiva, como dispõe o art. 317 do CPP “A apresentação espontânea do acusado à autoridade não impedirá a decretação da prisão preventiva nos casos em que a lei a autoriza”. Entretanto, tudo depende da análise do caso concreto, cabendo ao juiz diante dos fatos optar pela decretação ou não desta medida.

2.3 Condições de admissibilidade e inadmissibilidade da prisão preventiva

O legislador dispôs no art. 313 as condições de admissibilidade da prisão preventiva, quando presentes os pressupostos e fundamentos mencionados anteriormente, a algumas infrações penais que em razão da sua gravidade, e

associada a determinadas circunstâncias, tornam necessária uma efetiva atuação do Estado. Assim, pode-se, dizer que não cabe a prisão preventiva em qualquer infração penal, mas somente nas hipóteses legais elencadas no supracitado artigo:

Art. 313 - Em quaisquer circunstâncias, previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos:

I - punidos com reclusão;

II - punidos com detenção, quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer elementos para esclarecê-la;

III - se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 46 do Código Penal.

IV - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Quando da leitura desse dispositivo legal, resta claro que excluem-se do mesmo os crimes culposos e as contravenções penais, uma vez que o artigo menciona, tão somente, os crimes dolosos. Ressalte-se que aos crimes dolosos, punidos com reclusão, a lei não estabeleceu nenhuma exceção à imposição da medida cautelar em comento.

No que tange os crimes dolosos punidos com detenção, o inciso II mencionado anteriormente, esclarece que não se sujeitam à prisão preventiva, a não ser quando o indiciado for vadio (art. 59 da Lei das Contravenções Penais), ou quando houver dúvida sobre sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la. Tal fato se justifica, nessas circunstâncias, tendo em vista que ficando o indiciado solto, dificilmente será encontrado para cumprir eventual pena resultante da sentença condenatória definitiva.

Com relação ao inciso III, trata-se aqui do reincidente em crime doloso apenado com detenção, pois caso o crime for apenado com reclusão, a prisão preventiva para ser decretada independe seja o réu reincidente ou não. De acordo com o preceito do art. 64, I, do CP, para efeito de reincidência:

Art. 64 (*omissis*)

I - Não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a cinco anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação.

Como já mencionado anteriormente, a prisão preventiva não poderá ser decretada em caso de contravenção penal, já que, em nenhum momento, a lei faz uso dessa expressão. Não fosse assim o art. 312, em sua parte final, traria o termo contravenção, o que não ocorre, pois o mesmo, somente, autoriza a preventiva “quando houver prova da existência do crime”.

Ressalte-se que, da análise das situações que permitem a preventiva, infere-se que o vocábulo crime não pode ser empregado em sentido amplo, para indicar qualquer violação da lei penal, abarcando inclusive contravenção penal, já que em se tratando de normas que restringem bens jurídicos e, que tem caráter excepcional, a interpretação deve ser restrita, sendo esta a posição adotada pelo CPP.

Assim, tratando-se de contravenção, não há que se falar em prisão cautelar, sendo prescindível a sua gravidade. Acrescente-se, ainda que o legislador ao afastar tal medida, buscou evitar uma possível desproporcionalidade, visto que, em regra, as contravenções são punidas com prisão simples e multa.

Quanto a última circunstância, esta foi introduzida pela Lei 11.340/2006, como mecanismo para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Assim, “se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência” (art. 313, IV, CPP), tais medidas previstas no art. 22 da supracitada lei.

Para Nucci (2008, p. 590) trata-se de uma “inutilidade, promovida com fim demagógico”, visto que, a preventiva só é possível se presentes os requisitos do art. 312 do CPP. Desta forma, é fundamental que o magistrado atue com cautela e bom

senso, mesmo que a infração penal envolva violência doméstica contra a mulher (ex.: lesão corporal simples), já não há sentido em se decretar a prisão preventiva para um crime cuja pena varia de três meses a três anos de detenção, pela tamanha desproporcionalidade da medida.

Vale salientar que nos processos em que o réu se livra solto, independente de fiança, é defesa a decretação da prisão preventiva. Vislumbra-se, aqui, as infrações de pequena monta, pois, muito embora não haja disposição a esse respeito, a proibição da prisão antecipada justifica-se pelo fato de a lei somente permiti-la em se tratando de crimes punidos com reclusão e, excepcionalmente, punidos com detenção.

Semelhante situação dá-se nos processos em que o juiz verificar, pelo conjunto probatório carreado nos autos, que o acusado agiu acobertado por uma excludente de antijuridicidade, conforme estabelecido no art. 314 do CPP, não se admitindo seu encarceramento provisório. Tourinho Filho (1999, p. 564) pondera que não se exige provas incontroversas, inquestionáveis, devendo, todavia, "gerar no juiz a convicção de que o réu não praticou ato ilícito".

Por fim, frise-se que caso o acusado se apresenta espontaneamente, nada impede que a preventiva seja decretada, conforme preceitua o art. 317 do CPP: "a apresentação espontânea do acusado à autoridade não impedirá a decretação da prisão preventiva nos casos em que a lei a autoriza".

A respeito disso, Mirabete (2000, p. 391) enfatiza:

Deve-se considerar, entretanto, que a apresentação espontânea do acusado, para ser preso, se aliada a sua primariedade e outras condições pessoais, é indicio de que não há necessidade ou conveniência da custódia, ainda que já decretada.

Ademais, Tourinho Filho (1999, p. 567) chama a atenção para o fato de que a

apresentação espontânea do acusado pode consubstanciar-se em procedimento malicioso tendente a evitar a medida. No entanto, acrescenta que: "tudo depende da hipótese concreta, cabendo ao juiz, após a análise prudente das circunstâncias, optar pela decretação, ou não".

Por fim, não custa lembrar que a decisão que decreta a prisão preventiva é irrecorrível, restando ao acusado, entretanto, o pedido de *habeas corpus* com fundamento em constrangimento ilegal, decorrente da inadmissibilidade da medida, em falta de fundamentação adequada, na inexistência de pressupostos necessários.

2.4 Influência da mídia na decretação da preventiva

Na atualidade, é evidente o papel hegemônico da mídia como formadora de opinião, e não é por acaso que muitos a consideram como um "Quarto Poder". Emissoras de rádio, jornais, portais de notícias e principalmente as redes de telecomunicação, exercem incontestável influência tanto nas instituições, quanto em grande parte da população, através de seu grande poder econômico e ideológico, impõem regras, ditam maneiras de pensar, e neste aspecto as questões jurídicas não estão imunes.

Em algumas circunstâncias, quase sempre ligadas a um crime de grande repercussão, é muito comum a presença de um clamor social patrocinado por meios de comunicação, propagados por comunicadores sensacionalistas, que se apresentam como "juristas de plantão" responsáveis pela distorção de muitos acontecimentos e a disseminação de um clima de insegurança social.

É em meio ao estardalhaço proporcionado pela mídia, sedenta por audiência, que se tem criado um clamor público, como causa que fundamente a decretação da

prisão preventiva, sem qualquer comprometimento com sua real necessidade e, na maioria das vezes, camuflada sobre a premissa de garantia da ordem pública.

A jurisprudência, pelo que se observa, tenta impor restrições ao não permitir o clamor social, de forma isolada como justificativa para o decreto prisional, como se observa neste julgado do STJ:

O clamor público deve ser analisado com os devidos cuidados, para se evitar a injustiça; precipitadas acusações, principalmente advindas da imprensa, não podem atingir o livre convencimento do juiz de maneira absoluta; não se inclui entre as causas justificantes.

(HC 4.926/SP, Rel. Min. EDSON VIDIGAL, QUINTA TURMA, julgado em 08/10/1996, DJ. 20/10/1997)

No entanto, apesar da imposição de limites legais, não se pode esquecer que o juiz, sujeito social que é, também é passível de uma possível influência da mídia, detentora de ampla publicidade, e da opinião pública, “o grande juiz dos juizes”, a qual o mesmo busca convencer pela fundamentação de sua decisão. Ademais, os elementos subjetivos que permeiam suas escolhas são impossíveis de serem detectados e anulados, Portanova citado por Barcellos (2004, p. 399), retrata bem essa situação:

É verdadeiramente impossível ao juiz 'indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento' (artigo 131 do CPC). São as influências que inspiram o juiz que dificilmente 'a explicação de como se convenceu' (Barbi, 1975, p. 535) será plenamente satisfatória. No julgamento há premissas ocultáveis imperceptíveis.

Ainda nesse contexto, a opinião pública e a pressão exercida pela mídia sobre o judiciário, tem-se o exemplo o caso Nardoni, crime que causou grande comoção social e foi amplamente explorado pelos meios de comunicação, e do qual o magistrado na decretação da prisão, reforçou seu entendimento com as seguintes palavras de Nucci (2007, p. 591):

Crimes que ganham destaque na mídia podem comover multidões e provocar, de certo modo, abalo à credibilidade da Justiça e do sistema penal. Não se pode, naturalmente, considerar que publicações feitas pela imprensa sirvam de base exclusiva para a decretação da prisão preventiva. Entretanto, não menos verdadeiro é o fato de que o abalo emocional pode dissipar-se pela sociedade, quando o agente ou a vítima é pessoa conhecida, fazendo com que os olhos se voltem ao destino dado ao autor do crime. Nesse aspecto, a decretação da prisão preventiva pode ser uma necessidade para a garantia de ordem pública, pois se aguarda uma providência do Judiciário como resposta a um delito grave [...]

O próprio magistrado, Fossen (2008)³, ainda asseverou, o quão decisivo foi a mídia, com a ampla divulgação do caso, na criação do sentimento de comoção social e conseqüentemente na decretação desta prisão.

Queiramos ou não, o crime imputado aos acusados acabou chamando a atenção e prendendo o interesse da opinião pública – em certa medida, deve-se reconhecer, pela excessiva exposição do caso pela mídia que, em certas ocasiões, chegou a extrapolar seu legítimo direito de informar a população – o que, no entanto, não pode ser ignorado pelo Poder Judiciário e fazer-se de conta que esta realidade social simplesmente não existe, a qual dele espera uma resposta.

Assim, ante a realidade mostrada, e influência exercida pela mídia sobre a opinião pública, na decretação da preventiva, é preciso certa cautela quanto ao clamor social desacompanhado das demais circunstâncias previstas no art. 312 do CPP como bem adverte Ceneviva (2000, p. 2):

Nestes tempos modernos, em que a opinião pública é formada maciçamente pelos meios de informação - eletrônicos e impressos -, com mais razão se há de temer o chamado clamor público no fazer Justiça. Este, porém, tem sido invocado com freqüência em decisões judiciais, esquecidas do exame trágico do Cristo. A Justiça oficial é praticada através da aplicação das leis, interpretadas pela magistratura, com vistas às suas finalidades sociais. Não há compatibilidade entre finalidade social e descumprimento da lei, quando a sentença conflita com a legislação em vigor.

³ Maurício Fossen - Juiz de Direito do 2º Tribunal do Júri do Fórum de Santana, na Zona Norte de São Paulo (SP), na decisão que decretou a prisão preventiva do casal Alexandre Nardoni e Anna Carolina Jatobá. Disponível em <http://integras.blogspot.com/2008/05/caso-isabella-ntegra-da-decisao-juiz.html>

Desta forma, não se pode fugir da lei, e atender aos apelos da mídia, que tem na prisão preventiva uma forma de justiça sumária, uma espécie de vingança social, pois a própria história mostra o quão danosos podem ser os seus efeitos, do que falar de Pilatos, no episódio da crucificação, quando não encontrava motivos para condenar Jesus, por não achar nele crime algum, mas buscando atender ao povo que clamava a morte de Cristo, lavou suas mãos e disse: “Eu não sou responsável pelo sangue deste homem. A responsabilidade é vossa!” (BÍBLIA SAGRADA, 2008, p.1238) ⁴, entregando o maior e melhor dos homens para crucificação.

Por isso, as informações veiculadas devem ser encaradas com prudência pelo judiciário, visto que o jornal tem apenas 24 horas para formular suas notícias, a internet e a televisão às vezes têm minutos ou segundos para informar adequadamente. As avaliações produzidas neste tempo mínimo, não devem servir de arrimo a decisões que suprimem o bem maior das pessoas, sua liberdade, causando danos à imagem e à estima social do indivíduo de forma irreparável, uma vez que decisão nenhuma fará retroagir no imaginário do círculo social do investigado, por mais que se reconheça posteriormente eventual equívoco ou estado de inocência.

Logo, a prisão preventiva figura como instrumento legal para atender aos anseios da vida em sociedade, devendo ser usado, apenas, quando estritamente necessária, em face da garantia maior do cidadão, qual seja, a liberdade de ir e vir, bem como sua conveniência, devendo advir da sensibilidade e prudência do juiz, que não se pode deixar inculcar pelo sensacionalismo promovido pelos meios de comunicação. A prisão preventiva não pode e não deve transmudar-se em pena ou condenação prévia.

⁴ Mt 27, 24

CAPÍTULO 3 O REQUISITO DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

3.1 Perspectiva doutrinária quanto à ordem pública

Como já mencionado, no capítulo anterior, a garantia da ordem pública é um dos mais tormentosos pressupostos do art. 312 do CPP. De Plácido e Silva (1996, p. 1101), conceitua a expressão ordem pública como sendo “a situação e o estado de legalidade normal em que as autoridades exercem suas precípuas atribuições e os cidadãos as respeitam e acatam, sem constrangimento ou protesto”.

No entanto, longe estão os doutrinadores de um consenso com relação ao sentido aplicado pelo legislador, ao termo ordem pública, e, quais situações estão ou não presentes lesão que viole àquela, ao ponto de justificar a custódia preventiva. Alguns procuram estender a abrangência do conceito de ordem pública, enquanto outros restringi-lo, conforme a posição que ocupem no processo, sejam acusadores, sejam defensores.

Mirabete (2001, p. 386), entende que garantia da ordem pública seria:

às providências de segurança necessárias para evitar que o delinqüente pratique novos crimes contra a vítima e seus familiares ou qualquer outra pessoa, quer porque é acentuadamente propenso às práticas delituosas quer porque, em liberdade, encontrará os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida.

Já para Capez (2001, p. 234) a garantia da ordem pública se apresenta de forma mais abrangente, entendendo que a prisão preventiva além de impedir que o acusado em liberdade continue a delinquir, acautela “o meio social, garantindo a credibilidade da justiça, em crimes que provoquem grande clamor popular”.

Segundo Tourinho Filho (2007, p. 623) a expressão tem conceito

indeterminado, entendendo-se, normalmente:

[...] como a paz, a tranquilidade no meio social. Assim, se o indiciado ou réu estiver cometendo novas infrações penais, sem que se consiga surpreendê-lo em estado de flagrância; se estiver fazendo apologia de crime, ou incitando ao crime, ou se reunindo em quadrilha ou bando, haverá perturbação da ordem pública.

O autor ainda adverte, que outras situações podem configurar abalo a ordem pública, tamanha é a vaguidade da expressão, cabendo a análise da situação no caso concreto. Cunha; Pinto (2008, p. 200) apresenta entendimento semelhante, definindo a expressão como sendo "a paz social, cuja manutenção é um dos objetivos principais do Estado. Quando tal tranquilidade se vê ameaçada, é possível a decretação da prisão preventiva, a fim de evitar que o agente solto, continue a delinquir".

Nucci (2008, p. 585), procura sintetizar o abalo da ordem pública, quando presente no caso concreto situações que envolvam, um crime grave, de grande repercussão no meio social e cujo autor possua considerável periculosidade, como se observa nas suas palavras:

Entende-se pela expressão a indispensabilidade de se manter a ordem na sociedade, que, como regra, é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao judiciário determinar o recolhimento do agente. A garantia da ordem pública deve ser visualizada pelo trinômio gravidade da infração + repercussão social + periculosidade do agente.

Como foi apresentado, inúmeras são as interpretações atribuídas a expressão ordem pública, como fundamento para decretação da prisão preventiva, sendo que o art. 3º do CPP estabelece que: "A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de

direito". Nesta esteira a interpretação quanto ao resultado pode ser extensiva, sendo que a mesma só será possível em se tratando de norma processual penal formal, o que não ocorre em se tratando da prisão preventiva que tem caráter material.

Taipa de Carvalho citado por Delmanto Júnior¹, faz esta distinção:

Numa palavra: menosprezavam-se as rationes jurídico-política e político-criminal da aplicação da lei penal favorável e descuidava-se a distinção entre normas processuais penais materiais e normas processuais penais formais. 'Esquecia-se' que as primeiras (de que são exemplos, como já referimos, a queixa, a prescrição, as espécies de prova, os graus de recurso, a prisão preventiva, a liberdade condicional) condicionam a efectivação da responsabilidade penal ou contendem directamente com os direitos do arguido ou do recluso, enquanto que as segundas (de que são exemplos as formas de citação ou convocação, a redacção dos mandados, as formas de audição e registro dos intervenientes processuais: estenografia, vídeo, etc., prazos de notificação do arguido, formalidades e prazos dos exames periciais, formalidades e horários das buscas), regulamentando o desenvolvimento do processo, não produzem os efeitos jurídicos-materiais derivados das primeiras.

Deste modo, a interpretação da expressão deve ser restritiva, obedecendo às regras de interpretação da lei material e os princípios fundamentais de direito penal, como assevera Schmidt (2001, p. 186), "[...] tendo em vista que a restrição da liberdade, mediante a proibição penal, é uma exceção (posto que a liberdade é regra), a única interpretação teleológica que poderá ser admitida é a restritiva [...]".

Todavia, a garantia da ordem pública, como fundamento da prisão preventiva, vem sofrendo, pela maioria dos operadores do direito, uma interpretação extensiva. Uma vez que, os decretos de custódia preventiva com a finalidade de assegurar a ordem pública estão relacionados com os mais diversos motivos, tais como: clamor social, gravidade do delito, credibilidade da justiça, periculosidade do agente, desassossego, temor geral, abalo ou inquietação social etc.

Ademais, se a expressão "ordem pública" for interpretada extensivamente, todos os casos de prisão preventiva vão estar fundamentados com base empírica na

¹ Disponível em: www.delmanto.com/artigo10.htm

garantia da ordem pública, pois, qualquer delito, por menor que seja a gravidade, vai atingir a tal "ordem pública".

Assim ante a interpretação feita por cada doutrinador, percebe-se que existem diferenças entre o alcance dos conceitos, sendo que nenhum deles apresenta-se suficiente para resolver a problemática proposta. Isso não quer dizer que estejam equivocados, muito pelo contrário, todos os conceitos encontram-se, dentro de suas particularidades, corretos. Ocorre, no entanto, que a ausência de uma conceituação legal da expressão ordem pública, permite aos magistrados fundamentarem suas decisões de forma muito subjetiva, o que ante o estágio de desenvolvimento do processo penal atual, se mostra insuficiente, senão, inadequado.

3.2 Ordem pública e clamor social: explorando as diferenças

Vista a indefinição conceitual da expressão ordem pública, muito comum é associar a mesma ao chamado clamor público, no entanto após análise observa-se que as situações são distintas. Em muitos casos, o clamor público é provocado pela imprensa sensacionalista, que, vislumbrando audiência, dá a conotação que bem entende aos fatos, de modo a transmitir à sociedade um posicionamento formado em relação ao delito e à sua autoria, atacando, sobremaneira, o princípio do estado de inocência. No entanto o clamor público gerado pela aversão a um fato criminoso não justifica o encarceramento preventivo.

A garantia da ordem pública tem por premissa básica propiciar segurança a sociedade a despeito de possíveis investidas por parte do denunciado contra a comunidade, caso permaneça solto, ou seja, razão de ser da preventiva baseia-se, dentre outros critérios, no perigo da manutenção dos acusados em liberdade.

Tourinho Filho (2001, p. 529) ressalta que, não se deve:

confundir 'clamor público' com a histeria e raiva desacompanhada de certas autoridades que, para se tornar o centro de atenções, dão a determinados fatos comuns (e que ocorrem em todas as comarcas) uma estrondosa e ecoante divulgação, com a indefectível cooperação espalhafatosa da mídia, sempre ávida de divulgar o drama, o infortúnio e a desgraça alheias, esbanjando hipérboles.

O termo clamor social não se confunde com o conceito mais amplo de ordem pública; aquele tem uma definição mais restrita, significando indignação ou comoção no meio social que resulta do cometimento de um delito em circunstâncias especiais, fato este que ensejará repercussão. Vale salientar que, em geral, qualquer conduta criminosa é capaz de produzir um desconforto social, independentemente da sua gravidade, o que não se pode permitir é a confusão entre ordem pública e clamor social, que se vem ocorrendo nos tribunais, quando da prolatação das decisões, bastando como fundamento para a decretação de prisão cautelar, com base na garantia da ordem pública, tão somente, a repercussão social do delito.

Greco Filho (1999, p.275) ainda acrescenta ao afirmar que ordem pública não quer dizer clamor público: "[...] este pode ser revelador de uma repulsa social, indicativa de violação da ordem pública, mas pode, igualmente, significar vingança insufladora da massa ou revolta por interesses ilegítimos contrariados".

Restringir a liberdade de um indivíduo, acusando-o de ter cometido um crime que repercutiu negativamente no meio social, e por conseguinte deu origem ao clamor público, nada mais é que antecipar a aplicação da pena, como supracitado, é ir de encontro ao princípio constitucional da presunção de inocência. Justificar o decreto prisional sob a premissa do abalo sofrido pela sociedade representa um abuso, uma vez que não existem instrumentos que possam mensurar tal abalo, além do que o Estado deve conter possíveis perturbações a ordem pública com uma

rápida e justa prestação jurisdicional, e não com a aniquilação dos direitos do cidadão.

A de lembrar que atribuir à prisão preventiva o objetivo de pacificar o meio social, que foi abalado pela prática de algum delito, fere princípios constitucionais e humanitários, pois, por mais respeitáveis que sejam os sentimentos sociais de punição ao crime, a prisão cautelar não pode ser concebida como uma pena antecipada que possa cumprir fins de prevenção.

Cumprido esclarecer que o Supremo Tribunal Federal, tem entendido de forma reiterada que clamor social, inclusive quando patrocinado por meios de comunicação, e a garantia da ordem pública, não são sinônimos e aquele não é fundamento para decretação da prisão preventiva como se observa nesse julgado:

O entendimento pacificado nesta Corte é no sentido de que a prisão preventiva não se justifica para garantia da ordem pública quando apoiada no clamor social. De igual modo, a presunção, do magistrado, de que testemunhas podem ser ameaçadas não constitui fundamento idôneo para a decretação da prisão cautelar por conveniência da instrução criminal. [...] (STF - HC 94144 / SP, Rel. Min. EROS GRAU, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/05/2008, DJe 15/08/2008)

Vale ressaltar que os entendimentos jurisprudenciais dos nossos tribunais não são unânimes² em reconhecer a impossibilidade do clamor social como fundamento da prisão preventiva.

É importante mencionar que em países como Alemanha e Espanha, a repercussão do crime ou clamor social, não constituem fundamento válido para decretação da prisão preventiva, entendendo os respectivos tribunais daqueles países a inconstitucionalidade da expressão.

² O STJ já decidiu que: [...] Em face da comoção social ocasionada, encontra-se devidamente fundamentado o decreto de prisão preventiva objetivando garantir a ordem pública; [...] (RHC 10926/PR, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL, QUINTA TURMA, julgado em 01/03/2001, DJ 02/04/2001 p. 312)

Por fim, não se pode determinar a custódia de um indivíduo, ainda tomado por inocente, já que não houve trânsito em julgado da sentença condenatória, com base no clamor público, que inegavelmente se apresenta saturado de emoções conflitantes, uma vez que a aplicação da lei deve ser objetiva, respeitando, antes de mais nada, os direitos fundamentais dos cidadãos.

3.3 Posição da jurisprudência acerca do requisito

O entendimento na jurisprudência acerca da análise do requisito da garantia da ordem pública como fundamento para decretação da prisão preventiva não é pacífico, ao passo que várias são as interpretações e posicionamentos firmados na conceituação da expressão.

Os julgados mais comuns, costumam associar ordem pública às situações em que o crime perpetrado provoca instabilidade social, e o Judiciário busca na preventiva a solução imediata, como exemplo apresentam-se:

a) Credibilidade da justiça;

[...] Verificados os pressupostos estabelecidos pela norma processual (CPP, art. 312), coadjuvando-os ao disposto no art. 30 da Lei nº. 7.492/86, que reforça os motivos de decretação da prisão preventiva em razão da magnitude da lesão causada, não há falar em revogação da medida acautelatória. A necessidade de se resguardar a ordem pública revela-se em consequência dos graves prejuízos causados à credibilidade das instituições públicas. (Grifo nosso)
(STF - HC80717/SP, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2001, DJ 05/03/2004)

[...] A preservação da ordem pública não se restringe às medidas preventivas da irrupção de conflitos e tumultos, mas abrange também a promoção daquelas providências de resguardo à integridade das instituições, à sua credibilidade social e ao aumento da confiança da população nos mecanismos oficiais de repressão às diversas formas de delinqüência. (Grifo nosso)
(STJ - HC 98.491/MG, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 21/08/2008, DJe 15/09/2008)

Em que pese à necessidade de manter a credibilidade dos órgãos oficiais, não pode o Judiciário restringir a liberdade de um indivíduo, sob o simples argumento de que se deixá-lo solto, perderá o seu crédito. Uma vez que, estaria fugindo dos ditames constitucionais do princípio da presunção de inocência, do devido processo legal, acarretando na aplicação de uma justiça sumária e arbitrária. Descrédito maior ocorrerá no caso de se prender alguém com base nesse pressuposto.

b) Gravidade do crime cometido;

[...] A prisão cautelar como garantia da ordem pública é medida excepcionalíssima, por ser conceito jurídico indeterminado e de natureza não-instrumental direta com o processo.

Ela é legítima quando lastrear na grande repercussão gerada por fatos criminosos gravíssimos - quer quanto à pena quer quanto aos meios de execução utilizados -, causando intranquilidade social ao ponto de colocar em risco a própria comunidade, caso o suposto autor do crime não for aprisionado. (Grifo nosso)

(STJ - HC 66.615/GO, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, julgado em 14/12/2006, DJ 02/04/2007 p. 310)

[...] A forma de execução de delito gravíssimo, revelando, em princípio, periculosidade, serve de fundamento para a prisão ad cautelam, ainda que o agente seja primário, de bons antecedentes, afora outras qualificações normalmente elogiáveis. (Grifo nosso)

(STJ - HC 17630/GO, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 05.02.2002, DJ 04.03.2002 p. 278)

A prisão preventiva decretada sob este fundamento, não obedece nenhum critério objetivo, dependendo da maior ou menor sensibilidade dos magistrados, que segundo Tourinho Filho (2007, p. 624) funcionam "como verdadeiros sismógrafos", que valoram a gravidade do crime e proclamam a necessidade de garantir a ordem pública, uma vez que qualquer delito pode gerar abalo social, já que em regra o mesmo é considerado uma conduta grave e reprovável pela sociedade.

c) Periculosidade do réu;

[...] Embora a conveniência da instrução não mais subsista, tendo em vista a superveniência da sentença de pronúncia, a prisão preventiva teve por fundamento, também, a necessidade de garantia da ordem pública. Para tanto, considerou-se a existência de fatos concretos que revelam a periculosidade dos pacientes, evidenciada nos autos da ação penal de origem, bem como o fato de que o crime perpetrado teve enorme repercussão em comunidade interiorana. (Grifo nosso)
(STF - HC 89937/SP, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, SEGUNDA TURMA Julgado em 08/04/2008, DJ 27/06/2008)

[...] A necessidade da segregação do acusado foi demonstrada na periculosidade do agente, em face da natureza dos homicídios perpetrados e, em razão da possibilidade concreta de fuga do ora Paciente. Precedentes desta Corte Superior. (Grifo nosso)
(STJ - HC 90.110/MS, Rel. Min. LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 04/12/2007, DJ 17/12/2007 p. 278)

Fundamentar a garantia da ordem pública sob essa premissa, resulta em uma clara ofensa ao princípio do estado de inocência e ao direito de liberdade, haja vista que ignora, inclusive, os bons antecedentes e a primariedade, configurando, assim, verdadeira antecipação da pena.

Cumprido ressaltar que muitas vezes os três aspectos acima mencionados são acompanhados de um quarto requisito, o “clamor público”, sendo que, como já mencionado, o STF já se posicionou a esse respeito, não admitindo a prisão preventiva respaldada apenas no clamor público,³ no entanto o que se observa na prática é a fundamentação de decretos prisionais em que existe o clamor público associado a outras situações como, por exemplo, a personalidade e os maus antecedentes do agente pode vir a servir de base para a decretação da custódia cautelar, como se pode observar nestes julgados:

³ O STF entendeu que: [...] O estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela repercussão da prática da infração penal, não pode justificar, só por si, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso, sob pena de completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade. O clamor público - precisamente por não constituir causa legal de justificação da prisão processual (CPP, art. 312) - não se qualifica como fator de legitimação da privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu, não sendo lícito pretender-se, nessa matéria, por incabível, a aplicação analógica do que se contém no art. 323, V, do CPP, que concerne, exclusivamente, ao tema da fiança criminal. [...] (HC 89501 / GO, Rel. Min. CELSO DE MELLO, SEGUNDA TURMA, Julgado em 12/12/2006, DJ 16/03/2007)

[...] A gravidade do delito praticado pode ser suficiente para motivar o encarceramento provisório como garantia da ordem pública. Precedentes. O clamor público causado pela prática do delito também é causa suficiente para impedir a cassação da custódia cautelar.

(STJ - HC 39.029/PR, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 01/03/2005, DJ 21/03/2005 p. 412)

[...] Não é ilegal a prisão cautelar, afora por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal, decretada e mantida para a garantia da ordem pública, por função da intensificação, conseqüente às entrevistas à imprensa, da comoção social e do clamor público provocados pelos gravíssimos e confessados crimes pelos quais já agora estão condenados os pacientes e da necessidade de preservar a credibilidade da Justiça.

(STJ - HC 59.674/SP, Rel. Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 22/08/2006, DJ 20/11/2006 p. 366)

Noutra vertente, os Tribunais vêm admitindo a validade do decreto prisional para tutelar a segurança do próprio investigado (ou denunciado), mediante a preservação da ordem pública, onde o mais seguro seria deixar o acusado preso, em razão da notoriedade do crime cometido e, conseqüentemente, livre dos perigos que correria se permanecesse solto. Neste sentido, estão os seguintes julgados:

O linchamento do acusado e a destruição de sua casa são fatos concretos que justificam a segregação cautelar como forma de garantia da ordem pública, da instrução processual e da própria aplicação da lei penal, dada a repercussão social do delito na comunidade local. (Grifo nosso)

(STJ - HC 48.618/RO, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2006, DJ 13/03/2006 p. 351)

Não padece de nulidade o decreto de prisão preventiva que tem por base a garantia da ordem pública, ameaçada pela comoção que o crime impôs à comunidade, evidenciada pela tentativa de linchamento dos acusados por parte de populares.

(STJ - HC 27.652/MG, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, julgado em 09/09/2003, DJ 06/10/2003 p. 331)

Tal interpretação se mostra aberrante, visto que cumpre a Justiça tomar providências contra os ameaçadores, e não trancafiar o réu na prisão, sob o argumento de estar preservando a ordem pública.

Assim, é evidente que a prisão preventiva para a garantia da ordem pública, da forma como está disciplinada no Código de Processo Penal, e conseqüentemente

vem sendo interpretada pelo Judiciário, viola os direitos fundamentais do cidadão, deixando de ser uma medida processual para se tornar atividade típica de polícia, resultando em um instrumento repressivo contrário ao Estado Democrático e Social de Direito.

3.4 Projeto de lei 4.208/01: Uma visão realista a respeito do tema

O Projeto de Lei nº. 4.208/01 (ANEXO A) tem por escopo modificar o Título IX do CPP que trata "Da Prisão e da Liberdade Provisória", alterando-o para a seguinte forma: "Da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória", além de restringir, o § 2º e incisos do art. 325, além dos arts. 393, 594, 595 e os §§ do art. 408 do CPP que vão de encontro a Constituição Federal, mais precisamente ao princípio da presunção de inocência.

Tais alterações vislumbram instituir critérios comedidos que justifiquem o caráter cautelar dessa medida, uma vez que só será admitida se restar cabalmente comprovada o *periculum libertatis*, isto é, a necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de novas infrações penais.

Além do mais, deve-se observar outros fatores como a gravidade do delito, as circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado, que serão determinadas pelo juiz ainda na fase do Inquérito Policial, e que influenciarão na aplicação da medida adequada. Ademais, poderão, essas ditas medidas, ser aplicadas isolada ou cumulativamente, respeitando-se, obviamente, os critérios da proporcionalidade e da razoabilidade, sob pena de violar a Constituição Federal de 1988. No entanto, cabe frisar que estas não se aplicam a delitos que não for isolada,

cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade.

O novo art. 310 estabelece que o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, deverá, fundamentadamente, relaxar a prisão ilegal, se for o caso, tal como previsto no art. 5º, inciso LXV, da CF, ou, converter a prisão em flagrante em preventiva, quando atendidos os requisitos do artigo 312, ou, ainda, conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. A esse artigo foi acrescentado um parágrafo único que prevê:

Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições do art. 23, I, II e III, do Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

O supramencionado projeto de lei, permite, no art. 311, que as medidas cautelares sejam decretadas, de ofício pelo juiz ou a requerimento das partes, ou, ainda, quando cabível, por representação da autoridade policial, em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal. É sabido, que tal dispositivo causa uma insegurança jurídica, ao passo que não se pode admitir que uma mesma pessoa, nesta situação, o juiz, concentre em suas mãos o poder de tomar para si, ainda que necessário, as funções de investigar e ao mesmo tempo garantir os direitos do investigado.

São prerrogativas que não podem ser monopolizadas, sob pena de comprometer o princípio da legalidade, bem como a eficácia das garantias individuais daquele que praticou uma conduta delituosa, além do que o crivo da administração de justiça estaria sendo depreciado. Ademais, resta clara a mitigação dos princípios do sistema acusatório, uma vez que a imparcialidade que norteia a atuação do juiz restaria prejudicada, dando margem ao sistema inquisitorial.

Neste azo, cabe esclarecer que, a medida cautelar só poderá ser aplicada se for devidamente comprovado o *periculum in mora*, bem como só deverá ser mantida se os motivos que a determinaram persistirem, pois do contrário o juiz deverá revogá-la, ao passo que sua manutenção só se justifica se circunstâncias iniciais se mantiverem.

Cumpra aplainar que decretação de uma medida cautelar será acompanhada de certas obrigações que, caso não sejam observadas, acarretaram a substituição da medida, a imposição cumulativa de uma outra ou, ainda, a decretação da prisão preventiva, nos termos do parágrafo único do art. 312. Tais obrigações serão fixadas pelo juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante.

Vale salientar que, a nova redação dada ao art. 283 do CPP, passou a observar o disposto no art. 5º, incisos LVII e LXI da CF, e assim dispõe:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Em sendo assim, a prisão provisória, anterior à sentença definitiva, só se legitima se for estritamente necessária, conforme os ditames da lei, priorizando o princípio da presunção de inocência.

Por sua vez a nova redação dada ao art. 312 do CPP, prevê novos pressupostos e requisitos, que se somaram aos já existentes para a preventiva possa ser decretada, isto é, além dos requisitos prova da existência do crime e de indícios suficientes da autoria, exigir-se-á, que haja fundadas razões de que o indiciado ou acusado venha a criar obstáculos à instrução do processo ou à execução da sentença ou venha a praticar infrações penais relativas ao crime

organizado, à probidade administrativa ou à ordem econômica ou financeira consideradas graves, ou mediante violência ou grave ameaça à pessoa. Além do mais a prisão preventiva, excepcionalmente, poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares, conforme determina a redação do artigo 282, § 4º do CPP, dada pelo projeto.

Saliente-se que quando o novo artigo 312 refere-se a “fundadas razões de que o indiciado ou acusado venha a criar obstáculos à instrução do processo ou à execução da sentença” está tratando da conveniência da instrução criminal.

A seu tempo, o art. 313 determina as condições legais que devem associar-se aos pressupostos e requisitos para legitimar o decreto preventivo, são elas: crimes dolosos punidos com pena máxima superior a quatro anos; ou se o indiciado ou acusado tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no art. 64, I do Código Penal (reincidência).

O art. 315 também teve sua redação modificada, passando a observar o disposto no art. 93, IX da CF, exigindo que “a decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva seja sempre motivada”. Frise-se que a decisão presente no atual art. 315 do CPP trata-se de um despacho, com a nova redação passará a ser uma decisão interlocutória simples.

Outra novidade introduzida por este projeto é a possibilidade da prisão preventiva ser substituída pela domiciliar nas hipóteses do indiciado ou acusado: contar com mais de setenta anos, estar acometido de doença grave, ser pessoa necessária aos cuidados especiais de menor de sete anos de idade, ou deficiente físico ou mental, além da gestante a partir do sétimo mês de gravidez, ou sendo esta de alto risco (independentemente do período da gestação), devendo o juiz, em todos

os casos, exigir prova idônea destas circunstâncias.

Esta prisão domiciliar "consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial", sob pena de sua revogação. Tais hipóteses são taxativas, não podendo o julgador fazer uma interpretação extensiva.

Ressalte-se que, ao analisar a situação do acusado, observar não ser o caso decretar a prisão preventiva, em razão da ausência de algum dos seus pressupostos, requisitos ou condições legais, o juiz, poderá, decretar quaisquer outras das medidas cautelares previstas no art. 319, atentando-se, sempre, a necessidade da aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de novas infrações penais" e "adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado", ou se entender por bem, poderá, ainda, optar por conceder liberdade provisória.

Por fim não custa mencionar que, o relator do projeto de lei o Deputado Federal Ibrahim Abi-Ackel em seu parecer (ANEXO B), sobre o mesmo, expôs que as alterações propostas no CPP visavam trazer:

[...] clareza as hipóteses de aplicação, descumprimento, revogação e substituição das medidas cautelares, fugindo desse modo o projeto das causas indeterminadas, como, no caso da prisão preventiva, 'a garantia da ordem pública' e a 'garantia da ordem econômica', substituídas por definições precisas das circunstâncias que a justificam.

No entanto o que se pode observar, após a tramitação do projeto na Câmara dos Deputados e apresentação da redação final (ANEXO C), foi que se manteve o art. 312 do CPP com a redação atual:

A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Expressões indeterminadas, em especial “garantia da ordem pública”, foram mantidas, demonstrando o atraso do legislador com questões amplamente criticadas e de difícil solução no meio jurídico, do qual esperava-se um dispositivo com circunstâncias objetivas, que não admitisse as mais diversas interpretações comumente utilizadas na fundamentação do decreto prisional preventivo.

Vê-se que caso tal projeto fosse aprovado, em seu inteiro teor, o CPP se adequaria a realidade atual, já que passaria a constar, em seu bojo, referências aos crimes de organização criminosa e de improbidade administrativa. Outrossim, o projeto explicita, com maior clareza, o que vem a ser os termos conveniência da instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal como fundadas razões de que o indiciado ou acusado venha a criar obstáculos à instrução do processo ou à execução da sentença, ocasionando conceituações mais precisas, reduzindo ou evitando possíveis divergências acerca do tema.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do presente trabalho conclui-se que a prisão preventiva trata-se de uma medida extrema, uma vez que é anterior à sentença condenatória, e que devido sua cautelaridade reveste-se sempre do caráter de medida excepcional, tendo em vista que somente poderá ser decretada quando estritamente necessário, e respeitados determinados requisitos.

Observa-se que mesmo sendo a liberdade um dos principais e mais importantes direitos assegurados na Constituição, existem situações em que o Estado necessita mitigar este direito e, embora a segregação preventiva seja um mal, algumas vezes, sua aplicação, dentro dos parâmetros da lei, torna-se necessária e imprescindível, na garantia da efetiva aplicação da prestação jurisdicional e indispensável distribuição da justiça.

Com relação à interpretação da expressão “garantia da ordem pública”, observou-se que a mesma deve ser interpretada de acordo com os princípios insertos na Constituição Federal, tais como o do estado de inocência, razoabilidade e do devido processo legal, bem como deve manter estrita observância ao direito de liberdade do indivíduo que só deve ser relativizado diante de razões justificáveis que legitimem a opressão desse direito fundamental.

Nesta linha, foi possível constatar que as interpretações feitas pelos Tribunais Superiores, analisadas a partir de um enfoque crítico, não se demonstram adequadas, uma vez que a expressão vem sendo associada ao clamor social, à gravidade do delito, credibilidade da justiça e a periculosidade do acusado, sempre sob a justificativa de assegurar a ordem pública.

A respeito do clamor social, inclusive quando patrocinado por meios de comunicação, viu-se que o mesmo não se confunde com a ordem pública, sendo que o abalo social é uma consequência natural de qualquer crime. O STF já se posicionou neste sentido, no entanto o que se pode observar em outros julgados é que o mesmo continua sendo amplamente utilizado como justificativa no decreto prisional cautelar, principalmente quando há grande divulgação pelos meios de comunicação. A invocação do clamor social, com o escopo de restringir a liberdade do cidadão, através da prisão preventiva, reveste-se de flagrante inconstitucionalidade, violando os princípios da legalidade e da taxatividade.

Com relação à gravidade do delito, por si só, também não enseja circunstância que autorize a custódia cautelar, haja vista que a gravidade é algo acessório ao crime, estando inserido a qualquer tipo penal incriminador. Da mesma forma, o resguardo da credibilidade da Justiça não é capaz de ensejar a prisão preventiva para acautelar a ordem pública, tendo em vista que este posicionamento é manifestamente equivocado por deturpar o caráter instrumental da medida cautelar, fugindo dos ditames constitucionais constituindo-se uma justiça sumária e arbitrária.

Por último, o aspecto da periculosidade do réu como motivo autorizador da decretação de prisão preventiva para garantir da ordem pública resulta em uma clara ofensa ao princípio do estado de inocência e ao direito de liberdade, haja vista que ignora, inclusive, os bons antecedentes e a primariedade, além de não obedecer a nenhum critério objetivo.

Com relação a o Projeto de lei 4.208/2001 que tramita no Congresso Nacional, pode-se perceber que embora sua redação original possuísse algumas impropriedades, como permanecer autorizando que o juiz decrete a prisão

preventiva de ofício, no que se refere às hipóteses que autorizam a preventiva o mesmo revela-se moderno e adequado com as grandes questões do direito processual penal, uma vez que substituía expressões indeterminadas, como "garantia da ordem pública", por definições mais precisas e objetivas, trazendo ainda a possibilidade da prisão domiciliar e outras medidas cautelares a decretação da preventiva.

No entanto após tramitação do projeto pela Câmara dos Deputados, e aprovação da redação final, o que se constatou foi à opção do legislador em se manter retrogrado e alheio à problemática jurídica, posto que se preservou a redação do art. 312 da forma como é prevista atualmente, totalmente contrária ao que foi proposto na redação original.

Diante da constatação da possibilidade de se decretar a prisão provisória fundada na preservação da ordem pública, sem que a mesma possua uma definição legal ou mesmo entendimento jurisprudencial pacífico, além é claro de evolução legislativa não satisfatória, defende-se que a privação da liberdade do indivíduo, sob este argumento, seja orientada por uma interpretação restritiva e garantista, obedecendo aos princípios fundamentais de direito penal, visto que, a interpretação dada pelo judiciário ao termo encontra-se inadequada, violando inclusive preceitos constitucionais.

Fundamental, portanto, o bom conhecimento da teoria geral do processo cautelar e dos pressupostos da prisão provisória, além de muito bom senso, para que o juiz decida com equidade os casos de prisão cautelar, levados à sua apreciação, não procurando o julgador, nestas situações, buscar em tal medida uma imediatista punição apenas para satisfazer, equivocadamente, a opinião pública.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Luiza Berg. *A sentença judicial e a sua fundamentação*. Rev. Esc. Direito, Pelotas, Jan. – Dez. 2004. Disponível em: < <http://www.ucpel.tche.br/direito/revista/vol5/19.doc> >. Acesso em 29 set. 2008.

BÍBLIA. Português. *Bíblia Sagrada*. Tradução da CNBB, 7. ed. São Paulo: Canção Nova, 2008.

BOCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*, 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BRASIL. Código Penal. Decreto - lei n.º 2.848 7, de dezembro de 1940. Disponível em: < www.planalto.gov.br >. Acesso em 19 set. 2008.

_____. Código Processo Penal. Decreto - lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: < www.planalto.gov.br >. Acesso em 19 set. 2008.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: < www.planalto.gov.br >. Acesso em 19 set. 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Hábeas Corpus n.º 4926/SP*, da quinta turma. Relator: Ministro Edson Vidigal, Brasília, DJ. 20 out. 1997, p. 531. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br> >. Acesso em: 29 set. 2008.

_____. *Hábeas Corpus n.º 10926/PR*, da quinta turma. Relator: Ministro Edson Vidigal, Brasília, DJ. 02 abr. 2001, p. 312. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br> >. Acesso em: 29 set. 2008.

_____. *Hábeas Corpus n.º 17630/GO*, da quinta turma. Relator: Ministro Felix Fischer, Brasília, DJ. 04 mar. 2002, p. 278. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br> >. Acesso em: 29 set. 2008.

_____. *Hábeas Corpus n.º 27652/MG*, da sexta turma. Relator: Ministro Paulo Medina, Brasília, DJ. 06 out. 2003, p. 331. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br> >. Acesso em: 29 set. 2008.

_____. *Hábeas Corpus n.º 39029/PR*, da quinta turma. Relator: Ministro Gilson Dipp, Brasília, DJ. 21 mar. 2005, p. 412. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br> >. Acesso em: 29 set. 2008.

_____. *Hábeas Corpus n.º 48618/RO*, da quinta turma. Relator: Ministro Gilson Dipp, Brasília, DJ. 13 mar. 2006, p. 351. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br> >. Acesso em: 29 set. 2008.

_____. *Hábeas Corpus n.º 59674/SP*, da sexta turma. Relator: Ministro, Nilson Naves, Brasília, DJ. 20 nov. 2006, p. 366. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br> >. Acesso em: 29 set. 2008.

_____. *Hábeas Corpus n.º 66615/GO*, da sexta turma. Relator: Ministro Paulo Medina, Brasília, DJ. 02 abr. 2007, p. 310. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br> >. Acesso em: 29 set. 2008.

_____. *Hábeas Corpus n.º 90110/MS*, da quinta turma. Relator: Ministro Laurita Vaz, Brasília, DJ. 17 dez. 2007, p. 278. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br> >. Acesso em: 29 set. 2008.

_____. *Hábeas Corpus n.º 98491/MG*, da quinta turma. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Brasília, DJe. 15 set. 2008. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br> >. Acesso em: 29 set. 2008.

_____. *Súmula n.º 347*. Brasília, DJe. 29 abr. 2008. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br> >. Acesso em: 11 set. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Hábeas Corpus n.º 80379/SP*, da segunda turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DJ. 25 mai. 2001. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br> >. Acesso em: 16 set. 2008.

_____. *Hábeas Corpus n.º 80717/SP*, do Tribunal Pleno. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, Brasília, DJ. 05 mar. 2004. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br> >. Acesso em: 16 set. 2008.

_____. *Hábeas Corpus n.º 89501/GO*, da segunda turma. Relator: Ministro Celso de Mello, Brasília, DJ. 16 mar. 2007. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br> >. Acesso em: 16 set. 2008.

_____. *Hábeas Corpus n.º 89937/SP*, da segunda turma. Relator: Ministro Joaquim Barbosa, Brasília, DJ. 27 jun. 2008. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br> >. Acesso em: 16 set. 2008.

_____. *Hábeas Corpus n.º 94144/SP*, da segunda turma. Relator: Ministro Eros Grau, Brasília, DJe. 15 ago. 2008. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br> >. Acesso em: 16 set. 2008.

_____. *Informativo n.º 463*. Brasília, 16 a 20 abr. 2007. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br> >. Acesso em: 16 set. 2008.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CENEVIVA, Walter. *Clamor? Público?* Folha de São Paulo, Caderno C, Cotidiano, Letras Jurídicas, artigo, São Paulo, 8 jul. 2000.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Processo Penal: doutrina e prática*, São Paulo: JusPodivm, 2008.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. *Legalidade estrita e vigência da lei processual penal: exceção à regra tempus regit actum*. Rio de Janeiro, 2001. Disponível em: < www.delmanto.com >. Acesso em: 13 out. 2008.

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*, vol. III, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOSSEN, Maurício. *Decisão que decretou a prisão preventiva do casal Nardoni*. São Paulo, 08 mai. 2008. Disponível em < <http://integras.blogspot.com/2008/05/caso-isabella-ntegra-da-deciso-do-juiz.html> > Acesso em: 28 set. 2008.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalheite. 29. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*, vol. 1, 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

JÚNIOR, Walter Nunes da Silva. *Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. *A prisão cautelar e a garantia da ordem pública*. São Paulo, Fev. 2008. Disponível em: <<http://promotordejustica.blogspot.com/2008/02/pri-so-cautelar-e-garantia-da-ordem.html>>. Acesso em: 23 set. 2008.

_____. *Código de Processo Penal Comentado*. 6. ed. São Paulo: RT, 2007.

_____. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 4. ed. São Paulo: RT, 2008.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O Princípio da Legalidade Penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Direito processual penal*. Coordenação de Alexandre de Moraes. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal Comentado*. 5. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Manual de Processo Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Processo Penal*, vol. 3. 23. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

ANEXOS

ANEXO A

PROJETO DE LEI

Altera dispositivos do Decreto-Lei n.º 3689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prisão, medidas cautelares e liberdade, e dá outras providências.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Os dispositivos do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, a seguir mencionados, passam a vigorar com as seguintes alterações:

"TÍTULO IX

DA PRISÃO, DAS MEDIDAS CAUTELARES E DA LIBERDADE PROVISÓRIA

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título serão aplicadas com base nos seguintes critérios:

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de novas infrações penais;

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

§ 2º Serão decretadas de ofício, a requerimento das partes ou, quando cabível, por representação da autoridade policial.

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

§ 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem." (NR)

"Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

§ 1º O juiz poderá, nas situações previstas no art. 318, permitir que a prisão preventiva seja substituída pela domiciliar.

§ 2º Quando não couber prisão preventiva, o juiz poderá decretar outras medidas cautelares (art. 319).

§ 3º As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade.

§ 4º A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio."(NR)

"Art. 300. As pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas."(NR)

"Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal;

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos do art. 312; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições do art. 23, I, II e III, do Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação."(NR)

"Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do querelante, ou por representação da autoridade policial."(NR)

"Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada quando verificados a existência de crime e indícios suficientes de autoria e ocorrerem fundadas razões de que o indiciado ou acusado venha a criar obstáculos à instrução do processo ou à execução da sentença ou venha a praticar infrações penais relativas ao crime organizado, à probidade administrativa ou à ordem econômica ou financeira consideradas graves, ou mediante violência ou grave ameaça à pessoa.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º)."(NR)

"Art. 313. Nos termos do artigo anterior será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena máxima superior a quatro anos; ou

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no art. 641 do Código Penal."(NR)

"Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada."(NR)

"CAPÍTULO IV

DA PRISÃO DOMICILIAR

Art. 317. A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial. "(NR)

"Art. 318 Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar nas seguintes hipóteses:

I - pessoa maior de setenta anos;

II - pessoa sujeita a severas conseqüências de doença grave;

III - pessoa necessária aos cuidados especiais de menor de sete anos de idade, ou de deficiente físico ou mental;

IV - gestante a partir do sétimo mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo. "(NR)

"CAPÍTULO V

DAS OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES

Art. 319 As medidas cautelares diversas da prisão serão aplicadas nas seguintes hipóteses:

I - comparecimento periódico em juízo, quando necessário para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou freqüência a determinados lugares em qualquer crime, quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se do país em qualquer infração penal para evitar fuga, ou quando a permanência seja necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga nos crimes punidos com pena mínima superior a dois anos, quando o acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando haja justo receio de sua utilização para a prática de novas infrações penais;

VII - internação provisória do acusado em crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 e parágrafo único do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento aos atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada a ordem judicial.

Parágrafo único. A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI, deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares. "(NR)

"Art. 320. A proibição de ausentar-se do país será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de vinte e quatro horas." (NR)

"Art. 321. Inexistindo os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz poderá conceder liberdade provisória, impondo as medidas cautelares previstas no artigo 319 e observados os critérios do art. 282." (NR)

"Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena máxima de prisão não seja superior a quatro anos.

Parágrafo único. Nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em quarenta e oito horas." (NR)

"Art. 323. Não será concedida fiança:

I - nos crimes de racismo;

II - nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos;

III - nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático." (NR)

"Art. 324. Não será, igualmente, concedida fiança:

I - aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se referem os arts. 327 e 328;

II - em caso de prisão civil;

III - quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312)."
(NR)

"Art. 325. O valor da fiança será fixado pela autoridade que a conceder nos seguintes limites:

I - de um a dez salários mínimos, quando se tratar de infração cuja pena de prisão, no grau máximo, não for superior a dois anos;

II - de cinco a cem salários mínimos, quando se tratar de infração cuja pena de prisão, no grau máximo, não for superior a quatro anos;

III - de dez a duzentos salários mínimos, quando o máximo da pena de prisão cominada for superior a quatro anos.

Parágrafo único. Se assim recomendar a situação econômica do acusado, a fiança poderá ser:

a) reduzida até o máximo de dois terços;

b) aumentada, pelo juiz, até cem vezes. "

"Art. 334. A fiança poderá ser prestada enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória." (NR)

"Art. 335. Recusando ou retardando a autoridade policial a concessão da fiança, o preso, ou alguém por ele, poderá prestá-la, mediante simples petição, perante o juiz competente, que decidirá em quarenta e oito horas." (NR)

"Art. 336. O dinheiro ou objetos dados como fiança prestar-se-ão ao pagamento das custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária ou perda de bens e da multa, se o réu for condenado.

Parágrafo único. Este dispositivo terá aplicação ainda no caso da prescrição depois da sentença condenatória (Código Penal, art. 110). "(NR)

"Art. 337. Se a fiança for declarada sem efeito ou passar em julgado a sentença que houver absolvido o acusado ou declarado extinta a ação penal, o valor que a constituir, atualizado, será restituído sem desconto, salvo o disposto no parágrafo do artigo anterior." (NR)

"Art. 341. Julgar-se-á quebrada a fiança quando o acusado:

I - regularmente intimado para ato do processo, deixar de comparecer, sem motivo justo;

II - deliberadamente praticar ato de obstrução ao andamento do processo;

III - descumprir medida cautelar imposta cumulativamente com a fiança;

IV - resistir injustificadamente a ordem judicial." (NR)

"Art. 343. O quebramento da fiança importará na perda de metade do seu valor, cabendo ao juiz decidir sobre a imposição de outras medidas cautelares ou, se for o caso, a decretação da prisão preventiva." (NR)

"Art. 344. Entender-se-á perdido, na totalidade, o valor da fiança, se, condenado, o acusado não se apresentar para o início do cumprimento da pena definitivamente imposta." (NR)

"Art. 345. No caso de perda da fiança, o seu valor, deduzidas as custas e mais encargos a que o acusado estiver obrigado, será recolhido a fundo penitenciário, na forma da lei." (NR)

"Art. 346. No caso de quebramento de fiança, feitas as deduções previstas no artigo anterior, o valor restante será recolhido a fundo penitenciário, na forma da lei." (NR)

"Art. 350. Nos casos em que couber fiança, o juiz, verificando ser o acusado insolvente, poderá conceder-lhe liberdade provisória, sujeitando-o às obrigações constantes dos arts. 327 e 328 e a outras medidas cautelares, se for o caso. Se o beneficiado descumprir, sem motivo justo, qualquer das obrigações ou medidas impostas, será aplicado o disposto no art. 282, § 4º.

Parágrafo único....."(NR)

Art. 2º Ficam revogados o § 2º e incisos do art. 325, os arts. 393, 594, 595 e os parágrafos do art. 408 do Decreto-Lei nº. 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal.

Art. 3º Esta Lei entrará em vigor sessenta dias após a data de sua publicação.

ANEXO B

PARECER DO RELATOR

PROJETO DE LEI Nº. 4.208, DE 2001
MENSAGEM Nº. 214/01

Altera dispositivos do Decreto-Lei nº. 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal -, relativos à prisão, medidas cautelares e liberdade, e dá outras providências.

AUTOR: Poder Executivo
RELATOR: Deputado Ibrahim Abi-Ackel

Contem o projeto de lei nº. 4.208, submetido pelo Poder Executivo à deliberação do Congresso Nacional, profundas modificações nos dispositivos legais que autorizam a prisão preventiva, as medidas cautelares, a liberdade provisória e a fiança. Seu mérito principal, além de eliminar distorções decorrentes da legislação extravagante, desfiguradoras do sistema original do Código de Processo Penal, está no ajuste das normas referentes à prisão às exigências constitucionais e na adoção da fiança como instrumento de contenção do crime.

Constrói o projeto novo e amplo sistema de regras sobre a prisão, as medidas cautelares e a fiança, especificando as circunstâncias que as justificam. Estas terão lugar em casos previstos, destinados a assegurar a aplicação da lei penal e a prevenir a prática de novas infrações criminais. São enunciadas com clareza as hipóteses de aplicação, descumprimento, revogação e substituição das medidas cautelares, fugindo desse modo o projeto das causas indeterminadas, como, no caso da prisão preventiva, "a garantia da ordem pública" e a "garantia da ordem econômica", substituídas por definições precisas das circunstâncias que a justificam. Ainda em consequência dessa enumeração revogam-se as disposições autorizativas da prisão em decorrência da sentença de pronúncia ou de sentença condenatória, objeto de justa crítica da doutrina por constituírem antecipação da pena, ofensiva ao princípio constitucional da presunção de inocência.

Assegura o novo sistema significativo avanço da justiça criminal, ao proporcionar ao juiz alternativas de aplicação das medidas cautelares, estabelecida ordem de graduação segundo a intensidade das obrigações impostas ao acusado e sempre de acordo com a solução mais adequada ao caso concreto. As soluções do projeto para a liberdade provisória não só uniformizam como acentuam a lógica do sistema adotado. Ao contrário do que dispõe o atual art. 310 do Código, o projeto atribui ao juiz que recebe o auto de prisão em flagrante três alternativas: relaxar o flagrante, se ilegal; converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, se presentes as condições do art. 312; e conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

O alargamento das hipóteses de incidência da fiança traduz o início de uma experiência destinada a contribuir fortemente para a contenção do crime. Obediente às proibições constitucionais, trata o projeto com propriedade da atualização de seus valores e da disciplina de sua quebra.

Finalmente é necessário acentuar que a revogação, estabelecida no projeto, dos arts. 393, 594, 595 e dos parágrafos do artigo 408, todos do Código de Processo Penal, tem como propósito definir que toda prisão, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, terá sempre caráter cautelar. A denominada execução antecipada não se concilia com os princípios do Estado constitucional e democrático de direito.

O projeto é constitucional, jurídico e redigido em boa técnica legislativa, recomendando o parecer, sob tais aspectos sua aprovação. Nestas breves considerações sobre o projeto ficaram apontados os motivos que também quanto ao mérito é por todos os títulos recomendável a sua aprovação. Apenas quanto ao art. 313, inciso II, do projeto há uma observação a ser feita. Decerto por erro de impressão consta de tal dispositivo referência ao "art. 641 do Código Penal", quando tudo indica, no próprio projeto, que se trata do "art. 64, I, do Código Penal. A emenda que apresentamos visa a corrigir esse erro de impressão.

Sala das Reuniões, 07 de janeiro de 2002.

Deputado IBRAHIM ABI-ACKEL

ANEXO C

REDAÇÃO FINAL DA CÂMARA DOS DEPUTADOS

REDAÇÃO FINAL
PROJETO DE LEI Nº. 4.208-C, DE 2001

Altera dispositivos do Decreto-Lei nº. 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Os arts. 282, 283, 289, 299, 300, 306, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 334, 335, 336, 337, 341, 343, 344, 345, 346 e 350 do Decreto-Lei nº. 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, passam a vigorar com a seguinte redação:

"TÍTULO IX
DA PRISÃO, DAS MEDIDAS CAUTELARES E DA LIBERDADE PROVISÓRIA

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas de ofício, a requerimento das partes ou, quando cabível, por representação da autoridade policial.

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

§ 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

§ 6º A prisão preventiva somente será determinada quando não for possível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).'(NR)

'Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

§ 1º O juiz somente decretará a prisão preventiva nas hipóteses dos arts. 312 e 313 deste Código, quando as medidas cautelares arroladas no art. 319 deste Código, adotadas de forma isolada ou cumulada, se revelarem inadequadas ou insuficientes.

§ 2º As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade.

§ 3º A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio.'(NR)

.....
'Art. 289. Quando o acusado estiver no território nacional, fora da jurisdição do juiz processante, será deprecada a sua prisão, devendo constar da precatória o inteiro teor do mandado.

§ 1º Havendo urgência, o juiz poderá requisitar a prisão por qualquer meio de comunicação, do qual deverá constar o motivo da prisão, bem como, se afiançável a infração, o valor da fiança.

§ 2º A autoridade a quem se fizer a requisição tomará as precauções necessárias para averiguar a autenticidade da comunicação.'(NR)

.....
'Art. 299. Se a infração for inafiançável, a captura poderá ser requisitada, à vista de mandado judicial, por qualquer meio de comunicação, tomadas pela autoridade, a quem se fizer a requisição, as precauções necessárias para averiguar a autenticidade desta.'(NR)

'Art. 300. As pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas, nos termos da lei de execução penal.'(NR)

.....
'Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

§ 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas.'(NR)

.....
'Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do *caput* do art. 23 do Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação. (NR)

'Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. (NR)

'Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º). (NR)

'Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do *caput* do art. 64 do Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

IV - se o crime for praticado com violência doméstica contra criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência.

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. (NR)

'Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do *caput* do art. 23 do Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. (NR)

'Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada. (NR)

.....

CAPÍTULO IV DA PRISÃO DOMICILIAR

'Art. 317. A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.'(NR)

'Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar nos casos de:

I - pessoa maior de 80 (oitenta) anos;

II - pessoa extremamente debilitada por motivo de doença grave;

III - pessoa imprescindível aos cuidados especiais de menor de 6 (seis) anos de idade, ou de pessoa com deficiência;

IV - gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.'(NR)

CAPÍTULO V DAS OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES

'Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, quando necessário para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou freqüência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca para evitar fuga, ou quando a permanência seja necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga nos crimes punidos com pena mínima superior a 2 (dois) anos, quando o acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada a ordem judicial.

§ 1º (Revogado).

§ 2º (Revogado).

§ 3º (Revogado).

§ 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.'(NR)

'Art. 320. A proibição de ausentar-se do país será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.'(NR)

.....
'Art. 321. Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código.'(NR)

'Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos.

Parágrafo único. Nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.'(NR)

'Art. 323. Não será concedido fiança:

I – nos crimes de racismo;

II – nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos;

III – nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.'(NR)

IV – (revogado);

V – (revogado).

'Art. 324. Não será, igualmente, concedido fiança:

I – aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se referem os art. 327 e 328 deste Código;

II – em caso de prisão civil ou militar;

III – (revogado);

IV – quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312).'(NR)

'Art. 325. O valor da fiança será fixado pela autoridade que a conceder nos seguintes limites:

I – de 1 (um) a 10 (dez) salários mínimos, quando se tratar de infração cuja pena privativa de liberdade, no grau máximo, não for superior a 2 (dois) anos;

II – de 5 (cinco) a 100 (cem) salários mínimos, quando se tratar de infração cuja pena privativa de liberdade, no grau máximo, não for superior a 4 (quatro) anos;

III – de 10 (dez) a 200 (duzentos) salários mínimos, quando o máximo da pena privativa de liberdade cominada for superior a 4 (quatro) anos.

§ 1º Se assim recomendar a situação econômica do preso, a fiança poderá ser:

I - dispensada, na forma do art. 350 deste Código;

II - reduzida até o máximo de 2/3 (dois terços); ou

III - aumentada pelo juiz até 100 (cem) vezes.

§ 2º (Revogado):

I - (revogado);

II - (revogado);

III - (revogado).'(NR)

.....
'Art. 334. A fiança poderá ser prestada enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória.'(NR)

'Art. 335. Recusando ou retardando a autoridade policial a concessão da fiança, o preso, ou alguém por ele, poderá prestá-la, mediante simples petição, perante o juiz competente, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.'(NR)

'Art. 336. O dinheiro ou objetos dados como fiança servirão ao pagamento das custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária e da multa, se o réu for condenado.

Parágrafo único. Este dispositivo terá aplicação ainda no caso da prescrição depois da sentença condenatória (art. 110 do Código Penal).'(NR)

'Art. 337. Se a fiança for declarada sem efeito ou passar em julgado sentença que houver absolvido o acusado ou declarada extinta a ação penal, o valor que a constituir, atualizado, será restituído sem desconto, salvo o disposto no parágrafo único do art. 336 deste Código.'(NR)

.....
'Art. 341. Julgar-se-á quebrada a fiança quando o acusado:

I - regularmente intimado para ato do processo, deixar de comparecer, sem motivo justo;

II - deliberadamente praticar ato de obstrução ao andamento do processo;

III - descumprir medida cautelar imposta cumulativamente com a fiança;

IV - resistir injustificadamente a ordem judicial.'(NR)

.....
'Art. 343. O quebramento da fiança importará na perda de metade do seu valor, cabendo ao juiz decidir sobre a imposição de outras medidas cautelares ou, se for o caso, a decretação da prisão preventiva.'(NR)

'Art. 344. Entender-se-á perdido, na totalidade, o valor da fiança, se, condenado, o acusado não se apresentar para o início do cumprimento da pena definitivamente imposta.'(NR)

'Art. 345. No caso de perda da fiança, o seu valor, deduzidas as custas e mais encargos a que o acusado estiver obrigado, será recolhido a fundo penitenciário, na forma da lei.'(NR)

'Art. 346. No caso de quebramento de fiança, feitas as deduções previstas no art. 345 deste Código, o valor restante será recolhido a fundo penitenciário, na forma da lei.'(NR)

.....

Art. 350. Nos casos em que couber fiança, o juiz, verificando a situação econômica do preso, poderá conceder-lhe liberdade provisória, sujeitando-o às obrigações constantes dos arts. 327 e 328 deste Código e a outras medidas cautelares, se for o caso.

Parágrafo único. Se o beneficiado descumprir, sem motivo justo, qualquer das obrigações ou medidas impostas, aplicar-se-á o disposto no § 4º do art. 282 deste Código. (NR)

Art. 2º O Decreto-Lei nº. 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, passa a vigorar acrescido do seguinte art. 289-A:

“Art. 289-A. O juiz competente providenciará o imediato registro do mandado de prisão em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça para essa finalidade.

§ 1º Qualquer agente policial poderá efetuar a prisão determinada no mandado de prisão registrado no Conselho Nacional de Justiça, ainda que fora da competência territorial do juiz que o expediu.

§ 2º A prisão será imediatamente comunicada ao juiz do local de cumprimento da medida o qual providenciará a certidão extraída do registro do Conselho Nacional de Justiça e informará ao juiz que a decretou.

§ 3º O preso será informado de seus direitos, nos termos do inciso LXIII do art. 5º da Constituição Federal e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, será comunicado à Defensoria Pública para que acompanhe o feito.

§ 4º Havendo dúvidas das autoridades locais sobre a legitimidade da pessoa do executor ou sobre a identidade do preso, aplica-se o disposto no § 2º do art. 290 deste Código.”

Art. 3º Esta Lei entra em vigor 60 (sessenta) dias após a data de sua publicação.

Art. 4º Ficam revogados o § 2º e seus incisos I, II e III do art. 325, os arts. 393, 594 e 595 do Decreto-Lei nº. 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal.

Sala das Sessões, em 25 de junho de 2008.

Deputado JOSÉ EDUARDO CARDOZO
Relator